

I POTERI AMMINISTRATIVI IMPLICITI: UN TEMA ALLA RICERCA DI SOLUZIONI.

(Commento alla sentenza del TAR Lazio n. 17550/2022)

Federico Francesco Guzzi*

Abstract: L'analisi, traendo spunto da una sentenza del TAR Lazio relativa all'impugnazione di una delibera AGCom (la n. 390/21/CONS) concernente la risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche, focalizza l'attenzione sul tema dei cd poteri impliciti. Premessi brevi cenni sulle questioni teorico-ricostruttive dell'istituto, vengono messe in evidenza talune criticità delle decisioni del giudice amministrativo tese a legittimare l'esercizio di poteri delle Authorities che non trovano espresso fondamento legislativo; la legittimazione dei poteri impliciti - secondo la prospettiva dello scritto - è agganciata ad una interpretazione rigorosa del principio di legalità e ad un'ottica ermeneutica che soddisfi i criteri della strumentalità e necessità (quest'ultima intesa come assenza di alternative).

English: This article - inspired by a sentence of the Lazio TAR relating to the appeal an AGCom resolution (no. 390/21/CONS) concerning the resolution of disputes between users and operators of electronic communications - focuses on the implied powers. After the analysis to the theoretical-reconstructive issues of the institute, the article highlights some critical aspect of administrative judge decisions on exercise of the Authorities power. Legitimacy of implied powers - according to the perspective of the article - is connected to a strong interpretative of the legality principle and is connected to interpretative criterion of the instrumentality and the necessity (like absence of alternatives).

SOMMARIO: 1. Introduzione 2. La nozione di potere implicito (matrice storica) 3. La vicenda che ha dato luogo al contenzioso 4. Il principio di legalità connesso ai criteri di strumentalità e necessità come chiavi interpretative 5. Rilievi critici in ordine alla decisione del giudice amministrativo.

Introduzione.

Il tema dei poteri impliciti ha natura ampia, posto che impatta in numerose questioni; solo per citarne alcune: il principio di legalità (formale e sostanziale) ed il suo processo di frammentazione, "trasformazione" (e "crisi"¹), il rapporto tra legalità e legittimità, il tema

¹*Rtd B di Diritto amministrativo, Università della Calabria. Abilitato alla funzione di professore di II fascia.

"La detta crisi è ormai il punto di partenza obbligato di ogni ricerca nel diritto amministrativo. Il principio di legalità classico si adattava ad una amministrazione che potesse operare secondo il modello weberiano della razionalità legale. Il pluralismo ha posto l'azione amministrativa davanti ad una serie sterminata di interessi, i quali devono essere ponderati e contemperati con meccanismi decisionali che hanno una complessità ben maggiore rispetto al passato". Cfr. F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005, pp.

della competenza legislativa e amministrativa, i poteri normativo/regolamentari contrapposti a quelli provvedimentali delle *Authorities*.

Oggetto di queste riflessioni è un recente arresto del giudice amministrativo (nella fattispecie: la sentenza del TAR Lazio n. 17550/2022²) il quale può essere un valido e utile spunto - sebbene all'interno del perimetro prescelto - per indagare il tema, al fine soprattutto di comprendere e mettere in evidenza le molte criticità che sollevano le decisioni del giudice amministrativo in ordine all'esercizio di poteri (impliciti) delle *Authorities*.

Campo elettivo di analisi dei poteri impliciti è infatti quello concernente l'esercizio delle funzioni poste in essere dalle stesse; questo in ragione della eterogeneità delle funzioni e dei compiti ad esse assegnate, di taglio per così dire trasversale³; il che ha generato non poche difficoltà negli studiosi nel tracciarne tipologie e contenuti; difficoltà legate, più a monte, alle disquisizioni sulla natura giuridica delle stesse Autorità⁴ oltre che in merito alla loro legittimazione costituzionale⁵.

Il problema trova la sua fonte nell'attribuzione operata per mezzo di norme di carattere generale formulate "per obiettivi" sia in ragione della eterogeneità degli interessi da tutelare

21-22. In merito si veda, di recente, S. TOSCHEI – A. PUZZANGHERA, *La crisi del principio di legalità amministrativa*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, n. 4/2022, p. 899: "superato il tempo in cui la discussione era incentrata in modo preponderante sull'endiadi legalità "formale" e "sostanziale", anche in ragione della crisi delle religioni occidentali, si assiste a una contestuale frammentazione tanto della legalità quanto della certezza del diritto, in un quadro dominato invece dall'incertezza delle regole, che ineluttabilmente si ripercuote sul diritto amministrativo".

2 In www.giustizia-amministrativa.it

3 "L'ulteriore incremento di funzioni attribuite a tali soggetti, in un sistema peraltro non ancora definitivamente consolidato, ha accelerato, a parere dello scrivente, lo stato di "confusione" che regna nella disciplina delle autorità indipendenti; in effetti, la tradizionale distinzione tra autorità di garanzia e autorità di regolazione, accettata dalla prevalente dottrina, appare sempre più difficile che tracciare con nettezza nella pratica, alla luce soprattutto del fatto che esse ormai assommano l'esercizio dei tre poteri, normativo, amministrativo, giustiziale". Cfr. F. ZAMMARTINO, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, p. 957

4 Con riferimento all'AGCM, si veda ad esempio, F MANGANARO, *La giustizia innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, Relazione all'incontro La tutela non giurisdizionale delle situazioni soggettive deboli. I poteri giustiziali delle amministrazioni indipendenti*, Napoli, 2 ottobre 2009.

5 Alle autorità di governo (alla "politica") non spetta nei confronti di codeste Autorità e delle funzioni da esse esercitate, alcun potere di indirizzo né alcun potere di controllo. Si può affermare che esse sono soggette solo alla legge, al quale ovviamente può istituirle, sopprimerle, modificarne le attribuzioni, stabilirne i budget, etc. (ciò ovviamente non è poco); ma resta fermo il dato che esse sfuggono al circuito della responsabilità di Governo (nei confronti del Parlamento e verso la collettività) che può soltanto proporre al Parlamento modifiche legislative in proposito. Questo modello di amministrazione non è contemplato nel testo costituzionale. Ed è da ritenere non del tutto compatibile con l'assetto dell'amministrazione in esso configurato (pur nella diversa impostazione rispettivamente dell'art. 95 e dell'art. 97); essendo la posizione di indipendenza (dal potere politico, dalle autorità di governo), e la soggezione alla (sola) legge, riservata alla funzione giurisdizionale e alla "magistratura" che la esercita., e in misura più attenuata, al Consiglio di Stato e alla Corte dei conti, organi a cui tuttavia compete (anche) l'esercizio della giurisdizione. Si pone perciò il problema della compatibilità costituzionale dell'assetto di questo settore di amministrazione (che diviene via via più importante nella nostra esperienza), non solo da noi invero. A mio giudizio, per quanto si possa dilatare l'esigenza di imparzialità dell'amministrazione, fissata dall'articolo 97, con riferimento a settori particolarmente sensibili dell'intervento pubblico e nonché a settori nei quali l'azione di governo è intesa ad assicurare la leale concorrenza tra competitori sul mercato, il sistema costituzionale non consente di attribuire indipendenza (dal potere politico, dal Governo) ad organizzazioni amministrative, essendo questa caratteristica espressamente attribuita ad altre organizzazioni e ad altre funzioni di governo. Questo modello di amministrazione di settore trova il suo fondamento e la sua legittimità costituzionale nel diritto europeo; a mio giudizio, esclusivamente nel diritto europeo". Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Costituzione Politica Amministrazione*, Napoli, 2018, pp. 43-44

sia per l'elevato tecnicismo della materia⁶. Di conseguenza, è stato messo in evidenza in dottrina che: "i poteri conferiti all'Autorità vanno ben oltre la mera esecuzione ed integrazione delle disposizioni di legge, in quanto quest'ultime lasciano alle Autorità margini di discrezionalità così ampi "da configurare delle vere e proprie deleghe in bianco", tanto che si è parlato di regolamenti "per obiettivi" o quasi "indipendenti". Si è di conseguenza più volte discettato per individuare il punto oltre il quale il principio di legalità, anche nella sua portata meramente formale, possa ritenersi non più rispettato, e di converso fino a che punto possa arrivare il criterio della strumentalità o dell'implicito"⁷.

In definitiva, il carattere 'valoriale' dei compiti ad esse attribuiti oltre all'elevato tecnicismo delle decisioni, implicherebbe un ampio margine di discrezionalità in capo alle Autorità al fine di ottemperare agli scopi prefissati dalla legge⁸.

6 "La legge si limita spesso ad attribuire 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 specialistica" Cfr. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, n. 4/2007, p. 8

7 Cfr. G. MORBIDELLI, *Poteri impliciti (a proposito della monografia di Cristiano Celone "La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici"*, Giuffrè ed., Milano, 2012), in www.ppneurope.org. In merito si veda altresì F. ZAMMARTINO, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, cit., p. 977: "solo talvolta la legge stabilisce con precisione le modalità, i criteri e gli oggetti della regolamentazione; altre volte il Legislatore interviene con successive norme limitative dei poteri normativi delle Autorità. La maggior parte delle volte, però, le previsioni del Legislatore ordinario sono generiche, per cui, ad esempio, l'Agcom ha il compito di garantire mediante regolamenti «l'applicazione delle norme legislative sull'accesso ai mezzi e alla infrastrutture di comunicazione»; mentre, nell'ambito dei mercati finanziari, la Consob e la Banca d'Italia, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza regolamentare, sono tenute all'osservanza di alcuni generali principi stabiliti dalla legge circa la proporzionalità, l'agevolazione dell'innovazione e della concorrenza. In questi casi, la legge attribuisce espressamente potestà regolamentare con rilevanza esterna alle Autorità. Mentre in altri casi, i poteri normativi si desumono da generiche attribuzioni di compiti, con l'indicazione degli scopi e dell'interesse pubblico da perseguire e tutelare nel settore. Insomma, le norme che attribuiscono alle Autorità amministrative indipendenti i poteri a contenuto normativo in pochi casi dettano prescrizioni specifiche cui le stesse debbono attenersi nell'adozione dei relativi atti, mentre ci si trova più spesso di fronte a mere attribuzioni di potere".

8 In merito si veda N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; nonché F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, p. 71, secondo cui: "il principio di legalità che attiene alla regolazione può limitarsi alla mera attribuzione di funzioni ad un'autorità regolatrice: il precetto che attiene alla funzione (la realizzazione dei presupposti di un mercato concorrenziale e della *par condicio* concorrenziale) è infatti già desumibile dalla Costituzione (diritto di libertà combinato con il principio di uguaglianza) come integrata dalla normativa comunitaria. Il che non coincide con la teoria dei poteri regolamentari impliciti dell'esecutivo. Qui, se il potere è attribuito dalla legge ad una autorità indipendente, l'oggetto del potere - il mercato concorrenziale - è sempre e comunque predeterminato dall'ordinamento. Le autorità indipendenti non esercitano una «frazione» della sovranità come l'esecutivo tradizionale, svolgono funzioni di supplenza nei confronti della libertà economica". Si veda altresì E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006, p. 132, secondo cui la lettura rigorosa del principio di legalità andrebbe a contrastare con la *ratio* sottesa all'istituzione delle Autorità le quali pongono in essere un'attività dinamica e flessibile. Si veda altresì V. GASPARINI CASARI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia (note a margine del 53° convegno di studi amministrativi, Varenna, 20-22 settembre 2007*, in *Dir. Econ.*, n. 3/2007; G. PUCCINI, *La potestà regolamentare della Consob in materia di intermediazione finanziaria alla luce della normativa del testo unico e della sua esperienza attuativa*, in *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, 2004.

La pronuncia oggetto di analisi – che ha legittimato il potere dell’AGCOM di stabilire, oltre agli avvocati, anche ulteriori figure accreditate ad intervenire nelle procedure extra-giudiziali di mediazione – si innesta all’interno del quadro descritto.

La nozione di potere implicito (matrice storica).

Prima di analizzare nel dettaglio i profili che hanno dato luogo al contenzioso oggetto di queste brevi riflessioni, bisogna chiarire innanzitutto che cosa si intenda per potere implicito: un potere non espressamente previsto dalla norma ma che si ritiene rientri nella ‘logica attributiva’ della stessa, in quanto sarebbe ‘connaturato’ al suo ambito applicativo. Vi sarebbe una sorta di rapporto di presupposizione e strumentalità tra potere esercitato e norma.

Sebbene in termini sintetici, è opportuno mettere in evidenza - sotto il profilo storico-ricostruttivo - che il tema si è posto non come estensione del potere amministrativo attribuito dalla legge, bensì in termini di (confitto) di competenze legislative, di conseguenza come “implicito legislativo”⁹.

Più nel dettaglio, al livello storico, la questione nasce relativamente alle normative (implicite) introdotte dal Congresso americano. L’articolo 1 - sezione ottava, ultimo comma - della Costituzione degli Stati Uniti d’America, infatti, dopo avere elencato le singole competenze del Congresso (“prendere danaro in prestito sul credito degli Stati Uniti; regolare il commercio coi Paesi stranieri, tra gli Stati e con le tribù indiane; stabilire una disciplina uniforme della naturalizzazione, leggi uniformi in materia di fallimento in tutti gli Stati Uniti”, etc.) prevede la cd implied powers clause¹⁰, alla luce della quale l’organo titolare della funzione legislative: “has the power to make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or any Department or Officer thereof”. Il Congresso degli Stati Uniti ha quindi il potere di emanare tutte le leggi funzionali all’esercizio dei poteri attribuiti dalla norma e può altresì esercitare tutti gli altri poteri conferiti dalla Costituzione allo Stato federale e ad ogni altro ufficio o dipartimento di sua diretta derivazione¹¹.

9 I due aspetti, seppure distinti, trovano comunque elementi di intersezione e sovrapposizione: “fra la questione delle competenze implicite e quella invece dei poteri impliciti non vi è quella frattura così netta che a prima vista era stato dato scorgere”. Cfr. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, p. 81. Esemplificativo della possibile intersezione dei due ambiti, è un caso relativo ad un contenzioso avente ad oggetto i poteri di vigilanza esercitata dall’ANAC, il Consiglio di Stato, VI, n. 126/2018, aveva messo appunto in evidenza che sebbene in certi casi lo stesso giudice amministrativo abbia ravvisato: “poteri dedotti in via implicita dalle norme che regolano l’attività dell’Autorità, vale a dire c.d. poteri impliciti, il cui fondamento sta nell’esigenza di garantire la realizzazione dell’obiettivo perseguito dalla legislazione in materia quando traccia un programma di intervento più che definire precise competenze in capo a singoli organi”, nel caso specifico non si pone un problema di potere implicito bensì di invasione di competenze: “su queste basi, però, non vi è spazio per ravvisare poteri impliciti nel caso, come quello in esame, nel quale la finalità perseguita dalla legge è adeguatamente realizzata mediante la precisa ripartizione delle attribuzioni tra soggetti diversi. Ravvisare, in queste ipotesi, poteri impliciti significherebbe invadere altre competenze, confondendo attribuzioni di legge e contro il principio di legalità dell’azione amministrativa (che copre anche la ripartizione delle competenze, ex art. 97 Cost.)”. Bisogna dunque non confondere (per lo meno sotto il profilo teorico-concettuale) i piani; il problema dei poteri impliciti - intesi come poteri che possono trovare legittimazione e fondamento sulla base di un’interpretazione estensivo/funzionale della norma, è diverso dall’ipotesi in cui si pone una questione di esercizio del potere in ambiti di competenza di altri soggetti.

10 Sul tema R. GIORDANO, *La teoria hamiltoniana dei poteri impliciti e l’azione federalista della Corte Suprema*, in *La nascita degli Stati Uniti d’America*, Milano, 1957; A. LEVI, *La teoria hamiltoniana degli “implied powers” della Costituzione*, in *Memorie dell’accademia nazionale dei lincei*, Roma, 1952; G. NEGRI, *Il sistema politico degli Stati Uniti d’America. Le istituzioni costituzionali*, Pisa, 1969.

La questione si è posta altresì a livello europeo in riferimento appunto alla cd clausola di flessibilità (la “necessary and proper clause europea”) di cui all’art. 352, par. 1 del TFUE (ex articolo 308 del TCE, e prima ancora art. 235 del TCEE)¹²; la norma stabilisce che: “*se un’azione dell’Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all’unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate. Allorché adotta le disposizioni in questione secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio delibera altresì all’unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo*”¹³.

A onta dei limiti applicativi della clausola di flessibilità, intesa come clausola di *extrema ratio* e nonostante il ‘rigido’ (per lo meno nelle intenzioni) riparto di competenze tra

11 Il primo e più importante caso giurisprudenziale fu *MacCulloch vs Maryland*, 17 U.S. 326 – 1819 all’interno del quale, il Presidente della Corte, John Marshall, estensore della sentenza, delineò la teoria dei poteri impliciti. La vicenda prese spunto dalla contestazione di James W. McCulloch - direttore della filiale della banca di Baltimora - il quale rifiutò di pagare la tassa richiesta dal suo Stato. La questione arrivò davanti alla Corte d’Appello del Maryland, e poi, appunto, davanti alla Corte Suprema la quale giudicò la tassa richiesta incostituzionale, in quanto contraria alla clausola di supremazia del governo federale sui governi statali. Per converso, sulla base della citata clausola, fu giustificata l’istituzione di una Banca nazionale e dunque legittima la legge federale di istituzione della stessa. Secondo l’impostazione della Corte, quindi, tra i poteri del Governo federale vi erano anche quelli strumentali, funzionali e connessi ai poteri espressamente conferiti. La Costituzione non poteva prevedere in modo dettagliato tutti i poteri (anche quelli di carattere strumentale siccome indissolubilmente collegati all’esercizio del potere medesimo). Alla luce di questo approccio argomentativo, a onta dell’assenza di un’esplicita previsione, l’istituzione della banca era legittima in quanto direttamente funzionale alla gestione delle risorse finanziarie riscosse per mezzo delle tasse: “*the result of the most careful and attentive consideration bestowed upon this clause is, that if it does not enlarge, it cannot be construed to restrain the powers of Congress, or to impair the right of the legislature to exercise its best judgment in the selection of measures to carry into execution the constitutional powers of the government*”. I criteri di cui alla decisione richiamata, hanno poi influito su tutta la giurisprudenza successiva la quale, al fine di stabilire la legittimità del potere federale, ha avuto come parametro di riferimento l’impianto argomentativo di cui alla sentenza in oggetto. La Corte - sulla base della “necessary and proper clause” - ha quindi proseguito nel suo percorso ‘ampliativo’, alla luce di una lettura estensiva della clausola medesima, venendo a legittimare numerosi interventi del Congresso (sebbene la dottrina cd antifederalista ne avesse contestato la crescita esponenziale e di conseguenza il potere di ingerenza dello Stato Federale). Come si può dunque notare, la questione attiene ai conflitti di competenze normative tra Congresso e Stati federali.

12 “Questo articolo mira ad evitare che la difficoltà di predeterminare in modo esaustivo i poteri dei quali le istituzioni europee necessitano per lo svolgimento dei propri compiti si esaurisca in un ostacolo al conseguimento degli obiettivi posti dai Trattati. Esso infatti consente all’Unione di legiferare anche in assenza di una specifica investitura. La clausola di flessibilità, presente fin dalle origini del sistema dell’Unione, è stata valorizzata a più riprese come strumento per ampliare le sfere di intervento dell’Unione. Proprio su questa base giuridica, ad esempio, hanno trovato ingresso le prime iniziative nel campo del diritto ambientale e della tutela dei consumatori, due aree oggi in ampia misura governate dal diritto UE. A partire dalla riforma di Maastricht, tuttavia, si è inteso circoscrivere la portata di questa clausola, subordinandone l’attivazione ad una serie di rigorose condizioni sostanziali e procedurali, confermate anche nel testo vigente”. Cfr. O. PORCHIA, *Competenze dell’Unione europea (ad vocem)*, Enc. Treccani on line, 2007. Sul punto si veda R. CALVANO, *I poteri impliciti comunitari. L’art. 308 TCE come base giuridica per l’espansione dell’azione comunitaria*, in *L’ordinamento europeo* (a cura di) S. MANGIAMELI, Milano, 2006, pp. 91 e ss.; J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell’Unione europea*, Bologna, 2013.

13 Già in precedenza si veda l’art. 308 (ex art. 235) TCE: “*quando un’azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente trattato abbia previsto i poteri d’azione a tal uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all’unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso*”. In merito si veda Corte di Giustizia, C-8/73 (*Massey vs Ferguson*), secondo cui: “*l’art. 235 autorizza il Consiglio ad emanare i provvedimenti del caso, qualora un’azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel*

istituzioni e singoli Stati membri, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha riconosciuto in capo alle istituzioni europee (senza appunto far ricorso all'art. 352 TUE) poteri che, seppure non espressamente conferiti, ha considerato *indispensabili* al fine di un esercizio efficace e appropriato delle competenze attribuite (cd effetto utile¹⁴ connesso alla necessità di ricavare nuovi poteri laddove le competenze non possono essere esercitate in modo efficace). E lo ha fatto appunto sulla base di un'interpretazione che riecheggia la teorica dei poteri impliciti (*rectius*, in tal caso, competenze normative implicite)¹⁵.

Attraverso questo schema interpretativo, ha dunque legittimato interventi normativi non previsti dai Trattati finendo: "per obliterare i caratteri propri della struttura politica comunitaria - sotto il profilo delicatissimo dei rapporti fra poteri delle istituzioni della Comunità e competenze sovrane degli Stati membri - e per riconoscere in capo alla Comunità stessa spazi di manovra assai più consistenti e penetranti di quelli inizialmente preventivati dal Trattato di Roma e dagli stessi Stati aderenti. Tal opera di autentica *silent constitutional revolution* (come è stata acutamente definita) si è svolta lungo due direttrici di marcia, la prima involgente i poteri delle istituzioni comunitarie sul piano interno, la seconda concernente le loro competenze sul piano esterno; in entrambi i casi, assumendo costantemente a proprio parametro di riferimento, a propria stella polare, il principio dell'effetto utile, ovvero il criterio della strumentalità necessaria, ad indice ricognitivo dell'esistenza di una competenza non espressamente prevista".¹⁶

funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti [...]. Ai sensi dell'art. 3, lettera a) e b) del trattato, l'instaurazione dell'unione doganale fra gli Stati membri è uno degli scopi della Comunità. Il funzionamento dell'unione doganale presuppone necessariamente la determinazione uniforme del valore in dogana delle merci importate da paesi terzi, affinché la protezione attuata mediante la tariffa doganale comune sia la stessa per l'intera Comunità. A questo scopo, non costituisce una garanzia sufficiente la semplice adesione di tutti gli Stati membri alla convenzione sul valore in dogana delle merci, stipulata a Bruxelles il 15 dicembre 1950; le norme della convenzione lasciano infatti agli Stati contraenti una certa autonomia di adattamento per quanto riguarda taluni punti particolari. Poiché il procedimento di unificazione legislativa mediante direttive, contemplato dall'art. 100 del trattato, non poteva costituire una soluzione abbastanza efficace, si deve accertare se le norme relative all'attuazione dell'unione doganale e della politica commerciale comune non avrebbero potuto eventualmente offrire al Consiglio una base adeguata per la sua azione".

14 Sul principio in oggetto, si veda P. PESCATORE, *Monisme, dualisme et effet utile dans la jurisprudence de la Court de justice de la Communauté de droit*, in N. COLNERIC (sous la direction de) *Una Communauté de droit*, Berlin, 2004, pp. 392 e ss.

15 "Un significativo impulso all'estensione delle competenze dell'Unione è stato assicurato altresì dalla dottrina dei poteri impliciti, anch'essa di elaborazione giurisprudenziale. Secondo questa teoria, la potestà di intervento dell'Unione non è necessariamente circoscritta a ciò che è espressamente puntualizzato nei Trattati. Infatti, le istituzioni europee devono poter beneficiare anche di quei poteri che, sebbene non codificati nel diritto primario, risultino indispensabili per l'esercizio di competenze attribuite. Ciò vale, in particolare, laddove l'intervento dell'Unione sia essenziale allo scopo di garantire l'effettività e la coerenza di una politica dell'Unione. La dottrina in esame ha conosciuto la sua principale ed emblematica applicazione in relazione alla competenza dell'allora Comunità a adottare accordi internazionali. All'inizio degli anni '70, infatti, tale potestà era riservata dai Trattati ad un novero ristretto di materie. Nondimeno, la Corte di giustizia ha rilevato un sostanziale parallelismo fra competenze interne ed esterne (C. giust., 31.3.1971, 22/70, Commissione delle comunità europee c. Consiglio delle Comunità europee). Sicché, ogniquale volta le istituzioni europee godano di un determinato potere sul piano interno, occorre ritenere che l'Unione sia competente ad assumere gli impegni internazionali necessari a perseguire gli obiettivi prefissati dai Trattati per quella politica, finanche in assenza di una espressa dicitura del Trattato al riguardo. In concreto, invero, rileva la Corte, l'efficace regolamentazione di un settore di competenza UE costituisce spesso l'esito «dell'effetto combinato di provvedimenti interni ed esterni». Tale parallelismo, come già ricordato, è stato formalizzato nei Trattati e trova espresso riconoscimento nell'art. 3, par. 2, TFUE." Cfr. O. PORCHIA, *Competenze dell'Unione europea (ad vocem)*, cit.

Fatta questa precisazione in ordine alla matrice storica del campo di emersione del potere implicito (il quale nasce, quindi, come conflitto di competenze legislative tra istituzioni), e venendo all'oggetto della nostra analisi, la questione che si pone attiene all'ambito di estensione del potere amministrativo; fino a dove lo stesso possa estendersi; nel far ciò, si anticipa fin da ora, si potrebbero valorizzare, in senso però restrittivo, taluni riferimenti ermeneutici del giudice europeo, in particolare quello della *strumentalità necessaria*; è bene specificare che - nella nostra ottica interpretativa - la strumentalità non assume valore 'servente' rispetto alle tesi che accentuano e valorizzano l'aspetto funzionale di efficienza dell'azione amministrativa (al fine declinare in senso meno rigoroso, e dunque "elastico", "aperto", il principio di legalità); al contrario, la strumentalità, connessa al criterio della necessità (inteso come assenza di alternative) assurge ad elemento teso a conformare correttamente l'azione amministrativa entro gli ambiti suoi propri, strettamente correlati alla norma (espressa) attributiva del potere.

Riassumendo - dal nostro punto di vista - la valutazione in ordine alla legittimità dei poteri impliciti può trovare aggancio nei criteri della strumentalità (l'azione deve essere strettamente correlata all'esercizio della propria funzione rispetto ad un potere "espressamente assegnato") e della necessità, quest'ultima intesa come assenza di alternative: il provvedimento è dunque indispensabile ('utile'), posto che senza la sua emanazione l'Autorità avrebbe le 'armi spuntate'. Tutto ciò, come si vedrà, sempre all'interno di una interpretazione rigorosa del principio di legalità.

Utilizzando questo schema logico-ricostruttivo e i citati criteri ermeneutici, si potranno trarre, allora, delle conclusioni in ordine ai poteri esercitati dall'AGCOM nella fattispecie oggetto di analisi.

La vicenda che ha dato luogo al contenzioso

Esemplificativa della tendenza a legittimare oltremodo i poteri della *Authorities* è la pronuncia n. 17550/2022 del TAR Lazio, concernente il contenzioso tra l'AIGA (Associazione Italiana Giovani Avvocati) e l'AGCOM in ordine alla delibera di quest'ultima (la n. 390/21/CONS) avente ad oggetto una "*modifica del regolamento sulle procedure di*

16 Cfr. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., pp. 52-53. Tra le più significative pronunce - finalizzate ad ampliare le competenze delle istituzioni - possiamo citare C-8/55 (Fédération Charbonnière de Belgique c. Alta Autorità della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio), C-22/70 (Commissione vs Consiglio), C-3/76 (Kramer), C-4/76 (Hendrik van den Berg), C-6/76 (Kramer en Bais), C-281/85 (Repubblica federale di Germania vs Commissione delle Comunità europee), quest'ultima concernente i poteri di intervento della Commissione nella "politica migratoria" con riferimento alla quale il giudice europeo ha appunto statuito l'astratta competenza della Commissione in quanto rientrante nella politica sociale: "*per quel che riguarda la promozione dell'integrazione professionale dei lavoratori originari di paesi terzi, si deve dire che essa rientra nel campo sociale ai sensi dell'art. 118, in quanto è intimamente connessa all'occupazione. Lo stesso vale per l'integrazione sociale, nel contesto degli scopi perseguiti dalla decisione impugnata, tutte le volte che si tratta di progetti connessi con i problemi d'occupazione e di condizioni di lavoro e non vi è alcun motivo di ritenere che la decisione abbia inteso attribuire a questa nozione un senso diverso*". In senso restrittivo, si veda invece: T-376/98 (Germania vs Parlamento europeo e Consiglio), nonché T-240/04 (Francia vs Commissione), secondo cui: "*ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dal Trattato CEEA. Infatti, il rispetto del principio della certezza del diritto fa sì che qualsiasi atto che miri a produrre effetti giuridici debba trarre la propria forza vincolante da una disposizione del diritto comunitario che dev'essere espressamente indicata come base giuridica e che prescrive la forma giuridica di cui l'atto dev'essere rivestito [...]. Tuttavia, l'esistenza di un potere regolamentare implicito, che costituisce una deroga al principio di attribuzione sancito dall'art. 3, n. 1, EA, dev'essere valutata restrittivamente. Solo eccezionalmente tali poteri impliciti vengono riconosciuti dalla giurisprudenza e, perché ciò accada, essi devono essere necessari per garantire l'effetto utile delle disposizioni del Trattato o del regolamento di base di cui trattasi*". Sempre in termini restrittivi C-317/04 e C-318/04.

risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche” la quale ha previsto i dottori commercialisti e gli esperti contabili come soggetti accreditati a gestire le procedure di risoluzione.

Più nel dettaglio, con ricorso notificato il 21 febbraio 2022 all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e al Consiglio nazionale dell’ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, l’Associazione Italiana dei Giovani Avvocati aveva impugnato la delibera dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (n. 390 del 1 dicembre 2021), pubblicata il 23 dicembre 2021, laddove, decidendo di inserire *“i Dottori commercialisti e gli Esperti contabili”* tra i soggetti accreditati, così deliberava: *“Art. 1 (...) 1. All’articolo 1 (...) c) la lettera t) è sostituita dalla seguente: t) “soggetto accreditato”, (...) e i Dottori commercialisti ed esperti contabili iscritti nei rispettivi Albi professionali, registrati sulla piattaforma al fine di avviare e gestire le procedure di risoluzione delle controversie in nome e per conto dei propri assistiti”*; l’impugnazione aveva ad oggetto il *“Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”* (All. A alla delibera n. 203/18/CONS come modificato dalla delibera n. 390/21/CONS”) laddove, all’art. 1 recita che: *“Ai fini del presente regolamento si intendono per: (...) t) “soggetto accreditato”, (...) e i Dottori commercialisti ed esperti contabili iscritti nei rispettivi Albi professionali, registrati sulla piattaforma al fine di avviare e gestire le procedure di risoluzione delle controversie in nome e per conto dei propri assistiti”*.

La parte ricorrente aveva dedotto la violazione dell’articolo 2, della l. n. 247 del 2012, la quale riconosce all’avvocato la funzione di garantire al cittadino l’effettività della tutela dei diritti, precisando, al comma 6, che l’attività professionale di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale, ove connessa all’attività giurisdizionale, è di competenza degli avvocati. La delibera impugnata - secondo la parte ricorrente - avrebbe equiparato in modo illegittimo avvocati, dottori commercialisti ed esperti contabili, consentendo a questi ultimi la possibilità di esercitare una funzione di assistenza legale stragiudiziale riservata dalla legge all’avvocatura, trattandosi di un tentativo obbligatorio di conciliazione che costituisce condizione di procedibilità del ricorso in sede giurisdizionale.

La funzione di intermediazione riconosciuta ai dottori commercialisti e agli esperti contabili - sempre nella prospettazione del ricorrente - sarebbe stata prevista in violazione dell’articolo 4, comma 1, del d.lgs. n. 139 del 2005 (Ordinamento professionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili), che sancisce la incompatibilità dell’esercizio di tale professione con l’attività di intermediazione nella circolazione di beni e servizi e con ogni attività di mediazione. L’articolo 1, comma 1, del d.lgs n.139 del 2005, riconosce ai professionisti iscritti all’albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili soltanto talune competenze specifiche, facendo riferimento alla sola giurisdizione tributaria quale ambito di attività nella quale è riconosciuta ai dottori commercialisti e agli esperti contabili la funzione di partecipante all’organo giudicante e di soggetto abilitato all’assistenza tecnica.

La delibera impugnata sarebbe in contraddizione anche con l’articolo 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28 del 2010 che, nel disciplinare il procedimento di mediazione che deve necessariamente precedere ogni azione giudiziaria relativa a determinate materie, richiede l’assistenza dell’avvocato in tutta la procedura di mediazione obbligatoria.

In definitiva, la prospettazione del ricorrente contestava che l’Autorità potesse equiparare avvocati e dottori commercialisti (ed esperti contabili) ai fini dell’intervento nella procedura extra-giudiziale di mediazione.

A onta dei siffatti rilievi, il giudice amministrativo ha respinto i motivi di impugnazione, innanzitutto richiamando l’art. 1, comma 11, l. n. 249/1997, il quale attribuisce all’Autorità il potere di disciplinare esclusivamente le *“modalità per la soluzione non giurisdizionale delle*

controversie” e richiamando altresì il d.lgs. n. 259/2003 (come sostituito dal d.lgs. n. 207/2021), affermando che: “anche il codice delle comunicazioni elettroniche, approvato con decreto legislativo numero 259 del 2003 e sostituito dal decreto legislativo numero 207 del 2021, attribuisce all’Autorità garante per le comunicazioni il potere di regolamentare le procedure extragiudiziali per l’esame delle controversie tra utenti e operatori relative all’esecuzione dei contratti e alle condizioni contrattuali”.

Secondo i giudici amministrativi è infondata altresì: *“la censura sulla violazione dell’articolo 4, comma 1, del decreto legislativo numero 139 del 2005, recante l’ordinamento professionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, laddove è sancito il divieto per i professionisti iscritti all’albo di svolgere attività di intermediazione e di mediazione. Il mediatore o intermediario nella circolazione di beni e servizi è colui che, ai sensi dell’articolo 1754 del codice civile, mette in relazione le parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse. L’attività di assistenza nella risoluzione extragiudiziale delle controversie tra utenti e operatori delle comunicazioni elettroniche non ha nulla a che fare con la mediazione o con la intermediazione vietata dall’ordinamento della professione di dottore commercialista ed esperto contabile, non essendo finalizzata alla conclusione di alcun contratto, bensì alla risoluzione di una controversia derivante dall’applicazione di un contratto già in essere”.*

Per quanto concerne l’aspetto che impatta nella citata sovrapposizione tra poteri e competenze implicite, sebbene la delibera n. 390/21/CONS abbia individuato *“i soggetti accreditati all’esercizio delle funzioni in esame”* (secondo la parte ricorrente, in asserita violazione della norma primaria letta in combinato disposto con l’art. 117, comma 2, lett. 1, Cost.) il giudice ha ritenuto infondato il motivo di ricorso, e di conseguenza non violato l’art. 1, comma 11, della l. n. 249/1997 (nella parte in cui attribuisce all’Autorità il potere di disciplinare esclusivamente le *“modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie”*) sempre alla luce della legge istitutiva dell’Autorità (articolo 1, comma 11, legge 31 luglio 1997, numero 249) che le attribuisce: *“il potere di disciplinare con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie tra utenti e soggetti autorizzati o destinatari di licenze, definendo le relative procedure. La definizione delle procedure implica necessariamente anche la individuazione dei soggetti accreditati ad operare sulla piattaforma della risoluzione di tali controversie. Nessuna riserva di legge sulla giurisdizione è stata incisa dalla delibera impugnata che ha disciplinato, come già chiarito, una procedura non giurisdizionale di risoluzione delle controversie”.*

Soprattutto l’inciso di questa ultima affermazione (non particolarmente motivata), laddove si sostiene che la definizione delle procedure *“implica necessariamente”* anche la individuazione dei soggetti accreditati, è di interesse ai nostri fini posto che sembra riecheggiare, seppure non richiamandola in modo espreso, la teoria dei poteri impliciti; si pone di conseguenza nel solco della giurisprudenza¹⁷ che legge in modo estensivo la norma

¹⁷ Sebbene non sia questa la sede per porre in essere un richiamo esaustivo della giurisprudenza sul tema, possiamo però mettere in evidenza che la stessa (basti pensare alla copiosa giurisprudenza che ha riguardato i poteri esercitati dall’Autorità per l’energia elettrica e il gas – ora ARERA) ha operato una distinzione tra poteri normativo-regolamentare e poteri provvedimenti, ritenendo legittimo *l’implicito normativo* e illegittimo *l’implicito provvedimentale*. Sul punto possiamo citare il Consiglio di Stato, VI, n. 2521/2012 il quale in un ambito – come quello del gas naturale – caratterizzato da un elevato tecnicismo, ha messo in evidenza che la legge riconosce in capo all’Autorità non solo poteri amministrativi individuali ma anche regolamentari con *“parziale deroga al principio di legalità”*. Con riferimento invece ai poteri provvedimenti, si veda Consiglio di Stato, VI, sentenza n. 3501/2006, il quale, nel riaffermare i principi di cui alla sentenza del Consiglio di Stato, VI, n. 5827/2005 - secondo la quale lo scopo di tutela della concorrenza implica un ampio potere di intervento che *“può concretizzarsi, in base alle previsioni legislative generali in tema di regolazione dei servizi di pubblica utilità, di cui all’art. 2, commi 12 e 20, legge n. 481/95, nella richiesta di documenti ed informazioni agli operatori, nell’emanazione di direttive per lo svolgimento dei servizi e di ordini per fare cessare comportamenti*

attributiva della funzione anche quando, come nel caso in oggetto, in realtà la stessa concerne la definizione di aspetti prettamente procedurali. Prima però di verificare quali siano i profili di criticità di questa ricostruzione, è necessario fare un passo indietro, in quanto il potere di individuare i soggetti accreditati va analizzato con rigore, in particolare alla luce del principio di legalità, in merito al quale sia consentita una breve digressione ai fini ricostruttivi.

Il principio di legalità connesso ai criteri di strumentalità e necessità come chiavi interpretative.

Il richiamo al principio di legalità¹⁸ infatti - soprattutto nella declinazione che più ci interessa, ovvero la cd legalità amministrativa¹⁹ - ci consente di proseguire e approfondire l'analisi della questione. Le modalità attraverso le quali lo stesso viene declinato incidono, se non addirittura sulla astratta configurabilità dei poteri impliciti, certamente sul loro ambito di estensione; una lettura *debole* della legalità, ne amplia infatti il margine applicativo; una lettura *forte* ne riduce, specularmente, i confini.

lesivi dei diritti degli utenti, nell'irrogazione di sanzioni in caso di inottemperanza ai propri provvedimenti o qualora non vengano fornite le informazioni richieste, o siano fornite informazioni non veritiere, e, infine, nella formulazione di proposte agli altri soggetti istituzionali di volta in volta competenti su specifiche questioni" - ha tuttavia posto un freno all'attività di regolazione dell'Autorità "ad effetto ablatorio e sanzionatorio", nel momento in cui: "il provvedimento impugnato, per il suo contenuto specifico e singolare, decampi dai limiti di proporzionalità e ragionevolezza ai quali è assoggettato il potere regolatorio proconcorrenziale dell'Autorità, pure se inteso nella sua latitudine più ampia".

18 "Esso consiste nella previsione e nella disciplina normativa di tutti gli atti giuridici non costituenti e di tutti i loro effetti: dalle decisioni, sia pubbliche che private, con cui viene esercitato un potere e sono prodotte situazioni, agli atti obbligatori che estinguono obbligazioni, fino agli atti illeciti" Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia* 1. *Teoria del diritto*, Bari, 2007, p. 433.

19 Ci si limita alla legalità amministrativa posto che la legalità, in senso più generale, ha connotazione ampia, in quanto connessa alla nozione di Stato di diritto (*Rechtsstaat* nella versione tedesca, *Etat de droit* in quella francese, *Estado del derecho* in quella spagnola e nella declinazione anglosassone *Rule of law*), di potere (nell'ottica della sua limitazione) e altresì connessa al significato stesso di legge e delle sue condizioni di validità. "Per quanto una distinzione rigorosa fra posizione di norme generali (*legis latio*) e applicazione di norme (*legis executio*) sia ardua da tracciare, è indubbio che lo Stato di diritto si organizza secondo uno schema duale che in linea di principio "separa" le istituzioni legislative dalle istituzioni amministrative [...]. L'intera struttura normativa e istituzionale dello Stato di diritto è modellata sul "principio di legalità" secondo il quale ogni atto amministrativo - esecutivo o giudiziario - deve essere "conforme" a una precedente norma generale. Alla medesima logica risponde l'istituto della "riserva di legislazione" che attribuisce soltanto al potere legislativo la competenza a emanare norme generali in materia di diritti soggettivi, escludendo da questa funzione sia il potere esecutivo sia quello giudiziario". Cfr. D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in *Lo Stato di diritto - storia, teoria, critica* (a cura di) P. Costa e D. Zolo, Milano, 2002, pp. 43-44

Il principio di legalità²⁰ “che è un *principium iuris et in iure* in forza del quale ogni causa non costituente è prevista da una regola che ne prestabilisce gli effetti”²¹, implica che nessun potere può essere esercitato se non è previsto (e disciplinato) dalla legge, da qui la connessione al principio di riserva di legge²².

Con riferimento ai rapporti con la riserva di legge, è stato affermato che: “il principio di legalità, una volta riconosciuto come dotato di rango costituzionale, si converte automaticamente in un istituto sotto certi profili assimilabile alla riserva di legge e, sempre in senso relativo, riconducibile alla categoria di quelle chiamate da Amato *di modo di disciplina*: ciò in quanto la legge appare l’unica fonte abilitata ad imporre per forza propria - in vista del soddisfacimento di interessi superindividuali politicamente individuati - doveri di comportamenti o comunque situazioni giuridiche per taluno svantaggiose senza il consenso del destinatario della prescrizione; situazioni svantaggiose che, a loro volta, possono consistere sia in meri obblighi (di fare o di non fare) di carattere autoapplicativo sia in posizioni di soggezione (attuale o anche solo potenziale) nei confronti di atti di espressione di poteri amministrativi”²³.

20 In merito al dibattito sulla portata costituzionale del suddetto principio, si veda N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., pp. 105- 114. Sul principio di legalità, in generale, la bibliografia è davvero ampia, limitandoci ai contributi più recenti: G. CORSO, *Principio di legalità e interpretazione della legge*, Napoli, 2014; Id. *Il principio di legalità*, in M.A. Sandulli (a cura di) *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, II ed., 2017; F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, cit.; B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in AA. VV. *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del 53° Convegno di studi di scienza dell’amministrazione*, Varenna, Villa Monastero 20-22 settembre 2007, Milano, 2008; B. SPAMPINATO, *Sulla «crisi» di legalità e di certezza del diritto in campo amministrativo*, in *federalismi.it*, n. 11/2017; S. SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell’amministrare*, in *Dir. amm.*, n. 1/2008; L. TORCHIA, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010; S. TOSCHEI - A. PUZZANGHERA, *La crisi del principio di legalità amministrativa*, cit.; A. TRAVI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Presentazione del tema del Convegno*, Varenna, 20-22 settembre 2007, in *www.giustamm.it*, n. 2/2008.

21 “ed esprime altresì una prima, minimale accezione del *principio di uguaglianza*: in forza del quale le cause non costituenti sono configurate, dalle regole deontiche che ne dispongono teticamente o ne pre-dispongono ipoteticamente le modalità, come «tipi» sussumibili, al pari dei loro effetti, entro classi universali e astratte. Inversamente, diremo, una causa non regolata e quindi atipica, è una causa costituente. Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia I. Teoria del diritto*, cit., p. 262

22 “La riserva di legge relativa non viene in definitiva a distinguersi dal generale principio di legalità dell’azione amministrativa se non per una differenza quantitativa e qualitativa, nel senso che è richiesta una più dettagliata definizione degli organi competenti, dei poteri attribuiti e dei criteri in base ai quali tali poteri vanno esercitati” Cfr. V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa, e programmazione economica*, in *Giur. Cost.*, 1961, p. 914. “Nel diritto amministrativo ogni istituto deve pertanto essere inteso come una necessaria conseguenza del principio di legalità. E non è certo un caso che la giurisprudenza abbia più volte identificato la legalità con il principio di ragione”. Cfr. F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, cit., p. 29. “Si potrebbe peraltro dire, tentando di accostare e conciliare i due istituti (principio di legalità e riserva di legge), ma dotando ciascuno di essi di una specifica funzione, che il principio di legalità impone che la norma di legge attributiva del potere indichi il soggetto attivo e quello passivo del rapporto amministrativo, oltre al contenuto possibile (tipizzato) del provvedimento, mentre la riserva di legge richiede una regolamentazione ulteriore della materia stessa, limitando la discrezionalità dell’organo agente e lo spettro delle possibili soluzioni per esso disponibili”. Cfr. G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *federalismi.it*, p. 7.

23 Cfr. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., p. 128 il quale evidenzia altresì che: “l’assimilazione qui tentata fra principio di legalità e riserva di legge possiede un valore più che altro evocativo di un fenomeno giuridico ben conosciuto (la riserva di legge, appunto) ma non significa naturalmente una totale sovrapposizione fra i due istituti [...]. Parlando di (almeno parziale) convertibilità del principio di legalità in una riserva di legge si vuole soltanto evidenziare che l’introduzione di un potere amministrativo nuovo nella realtà ordinamentale costituisce un intervento che solo alla legge è consentito ed in questo, e solo in questo senso, è allo stesso riservato.” Sul punto si veda altresì: G. U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in

Si parla di legalità in senso formale²⁴, laddove il riferimento è alla predeterminazione normativa: è sufficiente la previsione legislativa del conferimento del potere affinché il principio sia rispettato (conformità formale); siffatta forma della legalità non è sufficiente a garantire le situazioni giuridiche soggettive, posto che la mera osservanza della legge (a prescindere dai contenuti), assumerebbe un mero valore procedurale e dunque autoreferenziale; da qui l'esigenza di declinare la legalità in senso sostanziale²⁵ in cui si richiede un *quid pluris*, una disciplina sufficientemente estesa e compiuta della norma che conferisce il potere²⁶. Necessita dunque di una "doppia conformità" sia dal punto di vista formale che contenutistico/sostanziale²⁷.

Il tema è ampio, il che lascerebbe spazio ad analisi e approfondimenti ulteriori. Rimanendo nel perimetro delle nostre riflessioni, possiamo affermare che per quanto

Dir. pubbl., 1995; F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2007; si veda più di recente P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018, p. 105: "in ogni caso e a tacere delle varie classificazioni – spesso di ordine meramente descrittivo – adottate nel corso del tempo, sia l'istituto della riserva di legge che il principio di legalità sostanziale mirano al raggiungimento del medesimo risultato, e cioè a un'adeguata predeterminazione dei limiti delle potestà pubblicistiche (sia di carattere normativo, che più strettamente provvedimentale) in funzione prevalentemente garantistica".

24 "Per chi intenda il principio di legalità in senso formale (come mera necessità, cioè, che la legge autorizzi l'Amministrazione allo svolgimento di un intervento autoritativo, senza alcuna prestazione particolare ulteriore e senza esigenza di alcuna tipizzazione) il problema non ha neppure ragione di porsi, e la distinzione fra principio di legalità e riserva di legge è evidente dal momento che solo quando ricorre la seconda è necessario che la legge detti anche una disciplina sostanziale e tipizzante della materia su cui l'esercizio del potere amministrativo andrà ad incidere" Cfr. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., p. 154. In teoria generale, sul punto si veda L. FERRAJOLI, *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia I. Teoria del diritto*, cit., p. 488: "il principio di mera legalità, che chiamerò anche di legalità formale, sarà identificato con la soggezione a norme formali della forma delle decisioni; il principio di stretta legalità, che chiamerò anche di legalità sostanziale, sarà a sua volta identificato con la soggezione a norme sostanziali del loro contenuto o significato".

25 "Consistente in una serie di principi, di regole e di standard di comportamenti accertati, elaborati e potremmo dire, senza infingimento, creati dalla giurisprudenza amministrativa in un dialogo «produttivo» con la dottrina. Tanto che si può dire, con un paradosso, che era già stato preferito profeticamente anch'esso nelle prime lezioni di Romagnosi, che la legalità è prodotta più dalla giurisprudenza che dal potere legislativo. Non c'è legalità senza un giudice che, se non la crea *in toto*, almeno la completa". Cfr. F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, cit., p. 14, il quale mette in evidenza altresì che: "un impulso a nuove configurazioni della legalità sostanziale lo ha certamente dato la Comunità europea, non solo perché la Corte di Giustizia della Comunità, per trovare un diritto «comune» ai vari paesi che fanno parte dell'Unione, ha fatto largo uso di principi generali che, penetrando direttamente nei singoli ordinamenti dei paesi della Comunità, hanno finito per integrare la «legalità» formale e sostanziale vigente nei singoli paesi, ma, soprattutto, perché le direttive comunitarie, per realizzare l'effetto omogeneizzante della tipizzazione amministrativa, che costituisce l'«essenza» della legalità amministrativa, hanno introdotto nozioni (come organismo di diritto pubblico, aiuti di Stato e simili) finalizzate a «catturare» la legalità sostanziale delle singole amministrazioni applicando il diritto amministrativo, e perciò il principio di legalità, anche a chi finge di non essere una pubblica amministrazione". Sulla legalità sostanziale si veda: S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993; G. PASQUINI – A. SANDULLI (a cura di) *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996.

26 C'è da considerare, inoltre, che il concetto di predeterminazione normativa non implica - secondo una certa interpretazione - il riferimento esclusivo alla legge, posto il ruolo della fonte regolamentare (e statutaria); secondo questa prospettiva, il giudizio di conformità impone il riferimento e il raffronto a tutto il sistema normativo complessivamente inteso riguardante lo specifico potere esercitato: "pensare che ancora oggi la somma di precetti regolanti l'esercizio delle competenze amministrativa sia desumibile in modo piano ed immediato dal complesso di atti normativi formali nazionali di livello primario e secondario, e solo da esso, sarebbe profondamente errato e soprattutto mistificante. I condizionamenti normativi gravanti sull'apparato pubblico, in effetti, rinvengono ormai il loro fondamento in una pluralità di fonti rispetto alle quali i consueti apporti delle leggi o dei regolamenti formali occupano una posizione che potrebbe definirsi come recessiva".

concerne l'amministrazione non possa valere l'accezione della legalità in senso minimale (debolissimo) come avviene in ambito privatistico/negoziale (in cui è consentito tutto ciò che non è vietato dalla legge); è necessario invece che la legge preveda, stabilisca, e dunque fondi, il potere amministrativo; il che però, ancora non è sufficiente: la connotazione forte della legalità (contrapposta alla logica "aperta" ed "elastica" della stessa) implica che la legge debba stabilire contenuti, regole, procedimento, modalità di esercizio del potere. In quest'ultimo senso, sussiste un vincolo per il legislatore di regolamentazione (e non di mera attribuzione) che ha come conseguenza il dovere di specificare in modo adeguato il contenuto della norma attributiva del potere.

Afferma sul punto la giurisprudenza amministrativa - Consiglio di Stato, VI, n. 2521/2012 - che: "il principio di legalità impone non solo la indicazione dello scopo che l'Autorità amministrativa deve perseguire ma anche la predeterminazione, in funzione di garanzia, del contenuto e delle condizioni dell'esercizio dell'attività"; ma con riferimento ai poteri regolamentari delle Authorities²⁸ "la parziale deroga al principio di legalità in senso sostanziale si giustifica in ragione

Cfr. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., p. 8, secondo cui, inoltre: "vengono anzitutto in rilievo, a questo proposito ed ovviamente, le disposizioni costituzionali recanti principi organizzativi e funzionali dell'agire amministrativo, la cui immediata capacità precettiva viene sempre più frequentemente ammessa. Non si può poi dimenticare l'incidenza sempre maggiore posseduta dalle fonti normative sovranazionali, come ad esempio la Convenzione europea sui diritti dell'uomo e in misura davvero macroscopica, i Trattati comunitari e la relativa normativa derivata (regolamenti e direttive). È indubbio, in questa prospettiva, che le concrete possibilità di influenzare l'agire amministrativo da parte del detentore formale del potere normativo nazionale (anche a voler includervi il legislatore regionale) siano notevolmente ridotte e che la ricerca della fonte regolativa dell'azione pubblica debba ormai travalicare abbondantemente in confini cui essa poteva rimanere in passato circoscritta." In merito all'influenza del diritto europeo (in rapporto anche al 'particolarismo' del diritto amministrativo) si veda G. MORBIDELLI, *Il diritto amministrativo tra particolarismo e universalismo*, Napoli, 2012. In sostanza, il principio di legalità non concerne solo la legge statale, bensì tutte le varie e diverse tipologie di fonti normative che si pongono in un'ottica di 'terzietà' e 'supremazia' rispetto all'organo che esercita il potere. Ciò che conta è la eterodeterminazione: formale e sostanziale, e dunque l'aggancio - oltre che a fonti secondarie - altresì ai principi generali, al sistema complessivamente inteso (comprensivo del cd soft law). In merito al pluralismo delle fonti si veda di recente F. SAITTA, *Interprete senza partito? - Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo* - Napoli, 2023, in part. p. 110 e ss.

27 In teoria generale è stato precisato che il *principio di mera legalità*: "riguarda la forma delle decisioni, di cui vale a condizionare il vigore e la validità formale", il *principio di legalità in senso stretto* "riguarda il loro significato o contenuto, di cui vale a condizionare la validità sostanziale". Di conseguenza: "si capisce fin d'ora la differenza tra i due modelli di ordinamento generati dai nostri due principi o livelli di legalità. Il *principio di mera legalità* sta alla base dello *stato legislativo di diritto* o *stato di diritto in senso lato o debole*: nel senso, precisamente, in cui sono stati di diritto tutti gli ordinamenti nei quali la produzione di effetti, quali che siano, è condizionata alla previsione, da parte di norme di legge, degli atti che ne sono causa. Il *principio di stretta legalità* sta invece alla base dello *stato costituzionale di diritto* o *stato di diritto in senso stretto o forte*: nel senso, precisamente, che le stesse norme condizionanti sono a loro volta condizionate quanto al tipo di effetti che sono abilitati a condizionare, da vincoli e da limiti sostanziali imposti come obblighi e divieti da norme ad esse superiori. L'uno è assicurato da qualunque sistema di diritto positivo che sia informato al semplice principio, proprio, del positivismo giuridico, «quod principi placuit legis habet vigorem»; l'altro richiede per di più la soggezione al diritto del diritto medesimo" Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia I. Teoria del diritto*, cit., p. 436

28 In merito si è parlato: "di nuova «legalità» chiamata «regolazione» per distinguerla da quella che tipicizza l'esercizio di un potere per raggiungere un fine. Che cosa ha di particolare questa nuova «legalità»? Che ha per scopo di garantire quel che i privati non sanno fare da soli: rispettare le regole del gioco, essere autonomi in un mercato concorrenziale [...]. Una legalità con la continua tentazione di sovrapporre il proprio potere all'autonomia altrui, di abbandonare la logica della regola di garanzia per tornare al «provvedimento tipico», divenuto nel caso arbitrario per mancanza di una norma di tipizzazione. Una nuova tentazione per autorità dispotiche. È la legalità delle autorità indipendenti" Cfr. F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, cit., p. 15

dell'esigenza di assicurare il perseguimento di fini che la stessa legge predetermina: il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema. Una predeterminazione legislativa rigida risulterebbe invero di ostacolo al perseguimento di tali scopi: da qui la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori in esame, dei poteri impliciti".²⁹

A ciò si deve poi aggiungere l'ulteriore riferimento alla cd legalità procedurale, valorizzata sempre dalla giurisprudenza³⁰ al fine di colmare i deficit di legalità sostanziale e legittimare perciò il potere delle *Authorities* a cui si associano le tesi che interpretano la legalità in termini "aperti".

In merito, possiamo comunque affermare che - secondo la nostra ottica - siffatta impostazione presta il fianco a qualche rilievo critico: un conto è il rispetto del principio di legalità, un conto è il rispetto dei vincoli procedurali (l'osservanza di questi ultimi ha impatto sulla legittimità del provvedimento); altro discorso è poi quello relativo alla adeguata tipizzazione della norma attributiva del potere: il rispetto della legalità sostanziale appunto, che non può essere surrogata dalla legalità procedurale la quale può avere semmai funzione di (utile) complemento.

Fatte queste precisazioni in ordine al principio di legalità, è di tutta evidenza che lo stesso, declinato in un'accezione "ristretta" e spiccatamente contenutistica³¹, ha come conseguenza

²⁹ Nello stesso senso, v. Consiglio di Stato, VI, n. 1532/2015. In merito e più di recente, si può richiamare, in termini esemplificativi, la sentenza del Consiglio di Stato, VI, n. 7972/2020, nella quale si è appunto affermato che il principio di legalità può subire degli adattamenti per mezzo dell'ingresso della categoria dei poteri impliciti i quali - seppure non espressamente previsti dalla legge - sono conseguenza di una interpretazione sistematica, in quanto strumentali all'esercizio di altri poteri: *"la ragione di questa elaborazione risiede nel fatto che, in alcuni ambiti, è oggettivamente complesso per il legislatore predeterminare quale possa essere, secondo quanto sopra indicato, il contenuto del provvedimento amministrativo. Nei settori di competenza delle Autorità amministrative indipendenti, la suddetta esigenza si manifesta in presenza di poteri di regolazione, che vengono normalmente esercitati nei settori dei servizi di pubblica utilità e dei mercati finanziari in senso ampio. Sul piano strutturale essi hanno, in base al loro contenuto, natura normativa o amministrativa generale, nonché, per alcune parti, anche individuale"*. In merito alla sentenza in oggetto, si veda G. BAROZZI REGGIANI, *Poteri impliciti delle Autorità indipendenti e principio di legalità. Il potere di accertamento della Consob (nota a Consiglio di Stato, Sezione Sesta, 14 dicembre 2020, n. 7972)*, in www.giustiziainsieme.it

³⁰ Si veda in merito, Consiglio di Stato, VI, n. 7972/2006, secondo cui: *"l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative"*; le già richiamate sentenze nn. 2521/2012 e 1532/2015 della VI sezione del Consiglio di Stato, nonché, nei medesimi termini, Consiglio di Stato, VI, n. 2182/2016. Nella giurisprudenza costituzionale, si veda il riferimento fatto dalla Corte, nella pronuncia n. 69/2017, secondo cui, sulla base del *"richiamo alla «complessiva disciplina della materia», questa Corte ritiene di dover apprezzare il rispetto della riserva relativa di legge di cui all'art. 23 Cost. prendendo in considerazione l'intero sistema delle norme in cui ciascuna prestazione s'inscrive. Già in passato, eventuali carenze della singola disposizione di legge sono state colmate attraverso una interpretazione sistematica del tessuto normativo, complessivamente considerato, in cui essa si innesta e dal quale sono stati tratti, anche per implicito, gli elementi essenziali dell'imposizione"*. Tutto ciò implica che si possano *"valorizzare le forme di legalità procedurale previste dalla legge, ai fini della valutazione del rispetto dell'art. 23 Cost., vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti, quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica. In questi casi, la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti"*. In dottrina, di recente, in termini critici, si veda G. MANFREDI, *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, n. 4/2021.

una maggiore perimetrazione e ‘limitazione’ del potere discrezionale della pubblica amministrazione³².

A onta dell’incidenza della ‘capacità di penetrazione’ della legalità, il potere amministrativo, seppure con diversi tassi e gradi di intensità, e al netto delle ipotesi in cui la legge lo irreggimenta in modo dettagliato (come nelle ipotesi delle cd leggi-provvedimento³³) - è un potere discrezionale il quale assume una sua autonomia, limitata dal vincolo di scopo; il che lascia ‘margini di operatività’ all’amministrazione³⁴, tanto più, come nel caso delle Autorità amministrative indipendenti in cui l’attività è caratterizzata da un elevato tasso di tecnicismo; da qui il problema dei poteri impliciti, ovvero fino a che punto è esteso il potere dell’amministrazione, cosa ragionevolmente può fare in quanto l’azione esercitata rientra

31 “Il quale richiede a tutela della certezza giuridica che possiamo chiamare «sostanziale», che le norme sostanziali siano dotate della massima precisione semantica, affinché siano quanto più esattamente determinati i significati normativi della coerenza con (o dalla sussunzione ne) i quali dipende la validità sostanziale delle decisioni”. Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia I. Teoria del diritto*, cit., p. 567.

32 Sul potere discrezionale dell’amministrazione la bibliografia è vastissima, senza pretese di esaustività, possiamo citare: G. BARONE, *Discrezionalità (ad vocem)*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009; E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisprudenziale*, Napoli, 2008; Id. *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Jus* n. 3/2011; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65. Più di recente, A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* n. 1/2023. Sulla discrezionalità del giudice amministrativo si veda di recente, F. SAITTA, *Interprete senza partito? - Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo* – cit.

33 In merito C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968; G. U. RESCIGNO, *Rinascere la distinzione tra legge in senso formale e legge in senso materiale?*, in *Giur. Cost.*, 1999; Id. *Variazioni sulle leggi provvedimento (o meglio, sulla legge al posto di provvedimento)* in *Giur. Cost.*, 2008. Nella dottrina amministrativistica: M. CAMMELLI, *Premesse allo studio delle leggi provvedimento regionali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1971; F. CINTIOLI, *La riserva di amministrazione e le materie trasversali: dove non può la Costituzione può la legge statale? Ossia “la trasversalità oltre se stessa”*, in *Giur. Cost.*, 2008; G. MANFREDI, *Approvazione ex lege di piani territoriali e leggi provvedimento*, in *Urb. e app.*, 1999; G. MORBIDELLI, *Note sulla riserva di procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di F. Piga*, I, Milano, 1992; S. SPUNTARELLI, *L’amministrazione per legge*, Milano, 2007; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, cit.

34 “La normativa attributiva, infatti, nel conferire il potere, ha con ciò stesso aperto a favore dell’Amministrazione uno spazio di manovra autoritativo, lo ha giuridicamente fondato e nel contempo ne ha segnato le frontiere esterne e massime di espansione (e questo è l’unico senso in cui sembra che si possa continuare a parlare della legge formale come fonte dei limiti esterni dell’azione amministrativa). Ma una volta che questi presupposti siano rispettati (e cioè vi sia – fra fattispecie provvedimentale concreta e fattispecie astratta prevista dalla legge – identità di efficacia formale, identità di posizione soggettiva incisa, identità di interesse pubblico specifico – o fine di rilievo collettivo – perseguito) sarebbe veramente irragionevole, oltre che positivamente non necessario, pretendere che ogni singola manifestazione di supremazia rinvenga il proprio insostituibile fondamento in una previa ed analitica disposizione di legge formale. Al contrario, lo spazio aperto dalla norma attributiva può a pieno diritto essere considerato il regno della «ragione efficiente» applicata all’agire amministrativo [...]. Uno spazio all’interno del quale all’Amministrazione è consentito di graduare l’intensità della propria condotta imperativa nel modo soggettivamente ritenuto più opportuno per il miglior soddisfacimento dell’interesse pubblico che è chiamata a curare” N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., p. 409. Si pone dunque il tema concernente il livello, il grado, l’estensione della regolazione dell’attività amministrativa in ordine alle ipotesi in cui il potere legislativo sia (eccessivamente)

(implicitamente) nei poteri conferiti, nelle facoltà attribuite dalla norma; e cosa invece travalica il perimetro della stessa³⁵.

Venendo alla fattispecie in oggetto, l'art. 1, comma 11, l. n. 249/1997, il quale prevede che: *“L’Autorità disciplina con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro”*, nonché lo stesso d.lgs. n. 259/2003 (come sostituito dal d.lgs. n. 207/2021), che attribuisce all’Autorità garante per le comunicazioni il *“potere di regolamentare le procedure extragiudiziali per l’esame delle controversie tra utenti e operatori relative all’esecuzione dei contratti e alle condizioni contrattuali”*, soddisfano il principio di legalità sostanziale? La circostanza che l’Autorità possa ‘riempire di contenuti’ le citate previsioni normative (nella fattispecie in oggetto: la individuazione di soggetti accreditati), può porre il fianco a qualche rilievo critico.

Se infatti il principio di legalità viene declinato in senso forte, la norma, oltre a soddisfare la legalità formale (nel riconoscere il potere dell’Autorità di intervenire nel settore delle comunicazioni), soddisfa la legalità sostanziale nella misura in cui prevede che questo potere possa estrinsecarsi nella definizione di una procedura extra-giudiziale; il passo successivo, connesso alla individuazione di figure soggettive abilitate sembra porsi come aspetto ultroneo e conseguenza di una interpretazione estensivo-strumentale che si innesta nella ‘genericità dell’attribuzione’.

Si ritiene che ciò sia avvenuto nel contenzioso oggetto della nostra analisi; da qui i rilievi successivi che, sulla base del quadro fin qui evidenziato, a questo punto possono essere riassunti.

Rilievi critici in ordine alla decisione del giudice amministrativo.

Alla luce di quanto fin qui messo in evidenza, se si parte dalla prospettiva secondo cui: a) il principio di legalità è da declinare in senso forte³⁶; b) il criterio ermeneutico di valutazione

dettagliato.

³⁵ Il problema per *le Authorities* implica che una (troppo estesa) limitazione dei loro poteri metterebbe in dubbio la loro esistenza (se è vero questo, il punto è che, nel caso delle Autorità, il legislatore non predetermina alcunché); mentre in senso più generale, la questione posta sul tappeto concerne la necessità di temperare le esigenze di garanzia e quelle funzionali, di efficienza dell’azione amministrativa: la cd ‘amministrazione di risultato’ in cui rileva soprattutto il vincolo del fine, la realizzazione di quanto previsto dalla norma attributiva del potere. Secondo la nostra ottica, bisogna però tenere presente che la legalità nasce soprattutto come elemento di garanzia e tutela di chi è terzo rispetto al potere esercitato, e questa connotazione non può trovare limitazione o sfumare alla luce di interpretazioni eccessivamente funzionalistiche.

³⁶ La declinazione in senso forte della legalità, trova peraltro sponda nella stessa Corte Costituzionale: si veda a titolo esemplificativo la sentenza n. 115/2011, intervenuta in merito all’art. 6 del d.l. n. 92/2008 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, della l. n. 125/2008, nella parte in cui consentiva al Sindaco, in qualità di ufficiale del Governo, di adottare provvedimenti a “contenuto normativo ed efficacia a tempo indeterminato” al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minaccino la sicurezza urbana, anche fuori dai casi di contingibilità e urgenza. La questione riguardava la presenza della congiunzione “anche”, prima delle parole “contingibili e urgenti”; la congiunzione poneva dubbi di compatibilità con i principi costituzionali di legalità, tipicità e delimitazione della discrezionalità, enucleabili dagli artt. 23, 97, 70, 76, 77 e 117 della Costituzione. Nell’affermare l’illegittimità della previsione, la Corte ha ribadito la necessità che il potere amministrativo sia agganciato al principio di legalità: *“tale principio non consente «l’assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l’effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione. Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell’azione amministrativa [...]». Il carattere relativo della riserva de qua non relega tuttavia la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti*

del potere è da porre in essere alla luce dei criteri della *strumentalità* e *necessità*, taluni poteri esercitati dalle *Authorities* - compreso quello in oggetto - sembrano debordare dal perimetro legislativo.

Per quanto infatti la *copertura legislativa* possa essere oggetto (soprattutto nell'ottica di chi predilige l'aspetto funzionale) di una interpretazione 'elastica', questa 'flessibilità' non può risolversi in una inammissibile delega in bianco; di conseguenza, le previsioni legislative che attribuiscono il potere in modo ampio e 'generico' (siccome connesso alla tutela di un bene o di un 'valore') pongono più di un dubbio di legittimità.

È necessaria una perimetrazione contenutistica e procedurale al fine di non impattare in un sindacato di illegittimità. Questa è la bussola che il legislatore deve tenere in considerazione nel conferimento del potere e l'interprete nello stabilire la legittimità³⁷, a valle, dell'esercizio dello stesso³⁸. Previsioni ampie e/o che stabiliscano "ulteriori misure" funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico pongono delle criticità in riferimento al rispetto del principio di legalità (inteso in senso formale ma soprattutto sostanziale) e alle citate esigenze di garanzia.

Queste considerazioni ci consentono a questo punto di avere delle più solide basi e chiavi di lettura per concludere le nostre riflessioni e mettere in luce talune criticità in merito all'affermazione della legittimità e correttezza del potere concretamente esercitato.

Come messo in evidenza nella parte in cui si sono illustrati i termini del contenzioso, l'individuazione di 'nuove categorie', cioè di ulteriori soggetti legittimati ad intervenire nella procedura extra-giudiziale (avente peraltro il carattere di *condizione di procedibilità* del ricorso³⁹) pone per lo meno un dubbio di compatibilità con il principio di legalità sostanziale.

amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa "in bianco", genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini."

37 Si veda però sul punto F. SAITTA, *Interprete senza partito? Saggio critico sulla discrezionalità - del giudice amministrativo* - cit., pp. 126-127: "anche laddove il termine giuridico sia compiutamente definito dalla legge, poi, l'interprete è chiamato ad operare una ricostruzione che, muovendo dalla considerazione del regime giuridico di riferimento, è connotato da un notevole tasso di discrezionalità pure per quanto attiene alla fissazione legislativa del significato, sicchè, contribuendo tale operazione alla determinazione del precetto, non può dirsi che l'interprete sia vincolato ad un significato precostituito. Nessuna tecnica interpretativa, d'altronde, può prescindere da aspetti valutativi"

38 "Il fatto che l'infelice formulazione del testo normativo renda spesso irrealizzabile il ruolo cognitivo e non creativo che l'art. 12, comma 1, delle Preleggi intende prescrivere all'interpretazione non vuol dire che quest'ultima consista, all'opposto, nell'invenzione o creazione dal nulla dei significati normativi". Cfr. F. SAITTA, *Interprete senza partito? - Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo* - cit., p. 532

39 Secondo la sentenza in commento: "*indubbiamente si tratta di procedure che costituiscono condizione di procedibilità del ricorso giurisdizionale, ai sensi dell'articolo 3 del regolamento, che sancisce espressamente la improcedibilità del ricorso in sede giurisdizionale per le controversie tra utenti e operatori delle comunicazioni elettroniche qualora non sia stato esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione disciplinato dal regolamento stesso. Tuttavia la natura di metodo alternativo di risoluzione delle controversie non implica necessariamente che la disciplina della procedura stragiudiziale debba essere curata con l'assistenza di un avvocato. Qualora la disciplina nazionale prevedesse l'assistenza obbligatoria di un avvocato per l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di comunicazioni elettroniche, essa si porrebbe in contrasto con la direttiva europea richiamata, trattandosi di controversie instaurate dai consumatori utenti delle comunicazioni elettroniche. Ne consegue che l'articolo 2, comma 2, della legge numero 247 del 2012, recante la nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense, che riserva agli avvocati le attività di assistenza legale stragiudiziale, ove connesse alle attività giurisdizionali, non può essere interpretato nel senso di obbligare i consumatori ad avvalersi della difesa di un avvocato nell'ambito delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche"*.

La previsione che attribuisce all'Autorità il potere di definire le modalità di risoluzione (per intenderci, l'aspetto squisitamente procedurale dell'attività extra-giudiziale) non si identifica (nell'ulteriore) potere di individuazione dei soggetti accreditati all'esercizio delle funzioni in esame. Siffatta legittimazione è frutto di una interpretazione estensiva dell'Autorità, che ha trovato l'avallo del giudice amministrativo sulla base del richiamo fatto alla legge istitutiva dell'Autorità; legge che le attribuisce il potere di disciplinare con proprie delibere le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie tra utenti e soggetti autorizzati o destinatari di licenze, definendo le relative procedure. Il riferimento alla definizione della procedura di mediazione - secondo la nostra ottica - sembrerebbe non attribuire in modo espresso il potere di individuare categorie abilitate ad intervenire nella procedura stessa.

Si potrebbe allora - al fine di individuarle - ricorrere alla teorica dei *poteri/competenze implicite* che, seppure non richiamata espressamente, i giudici amministrativi sembra abbiano sostanzialmente applicato nel momento in cui, infatti, hanno affermato che il potere di stabilire le regole procedurali "*implica necessariamente*" il potere di stabilire chi siano i soggetti accreditati ad intervenire nella procedura extra-giudiziale di mediazione.

Come precisato però, il ricorso alla categoria in oggetto, ha base interpretativa: diviene, per così dire, chiave di accesso ai fini dell'esercizio della funzione in ambiti complessi, eterogenei e *in evoluzione*; ma questo aspetto di carattere teleologico e funzionale non può determinare la dequotazione del principio di legalità; approccio funzionale che - com'è stato messo in evidenza in dottrina - è riconducibile al paradigma neoliberale che guarda "alla massima estensione della razionalità economica - quale regola di condotta - non solo agli individui e alle organizzazioni private, ma anche alle istituzioni pubbliche"⁴⁰. Approccio che peraltro, ai fini 'compensativi', dovrebbe avere una più solida base, sotto il profilo anche della motivazione, in modo da chiarire in termini compiuti il perché della necessità e strumentalità dell'esercizio del potere e, conseguentemente, della sua legittimità.

Se dunque utilizziamo i criteri ermeneutici da noi richiamati, e se partiamo dalla prospettiva che non intende dequotare il principio di legalità⁴¹, possiamo giungere alla conclusione che l'individuazione, come esercizio di poteri/competenze implicite, di una nuova categoria di soggetti accreditati, non sembra direttamente strumentale all'esercizio della funzione attribuita né, soprattutto, necessaria (necessità che, come detto, non è neanche supportata da un solido impianto motivazionale).

In definitiva, la mancata individuazione - oltre agli avvocati - di ulteriori categorie di soggetti accreditati, secondo la nostra ottica ricostruttiva non andrebbe ad inficiare l'*obiettivo* identificato dalla norma la quale prevede appunto che: "*l'Autorità disciplina con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro.*"

40 Cfr. L. DE LUCIA, *Le decisioni con impegni nei procedimenti antitrust tra sussidiarietà e paradigma neoliberale*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, Atti del Convegno di Trento 7-8 Giugno 2012, (a cura di) G. FALCON - B. MARCHETTI, Padova, 2013, pp. 117 e 121. Questa chiave di lettura spiegherebbe la concentrazione del potere in capo all'Autorità con lo speculare indebolimento del principio di legalità: "questo nuovo modello di governo non si limita a ridurre la sfera di azione dello Stato a favore del mercato, ma richiede un mutamento del ruolo dell'amministrazione che presuppone, tra l'altro, una tecnica indiretta di controllo dei privati."

41 non aderendo di conseguenza a logiche tese a dare eccessivo spazio a poteri non solo non espressamente attribuiti ma neanche riconducibili (in via mediata) alla funzione, in quanto debordanti dal perimetro normativo, dall'assetto dato.

L'Autorità in tal caso ha alternative (posto che esiste già una categoria di soggetti che possono porsi all'interno del meccanismo di mediazione: gli avvocati); il mancato ricorso ad altra categoria non andrebbe a scalfire 'l'effetto utile' del suo intervento.

Il riferimento al meccanismo procedurale di mediazione (tempi, oneri, fasi etc.) che l'Autorità, in base alla legge, ha il potere di definire, non sembra un aspetto ontologicamente connesso alla necessità di individuare un (nuovo) soggetto legittimato ad intervenire nella procedura medesima. L'esercizio del potere, in tal caso, alla luce di una rigorosa applicazione del principio di legalità sostanziale, sembrerebbe fuoriuscire dai limiti attributivi della norma non ponendosi di conseguenza in asse con i parametri interpretativi a cui si è fatto riferimento.