

Regolazione dei mercati, tutela dell'affidamento e indipendenza dalla politica. Riflessioni a partire dai lavori di Nicola Bassi

Eugenio Bruti Liberati

SOMMARIO: 1. Premessa. Regolazione, legge, certezza del diritto e politica. – 2. *Taking it seriously?* La tutela dell'affidamento e la forbice tra enunciazioni astratte del principio e la protezione in concreto riconosciuta dall'ordinamento. – 3. Regolazione, politica e mercato.

1. Premessa. Regolazione, legge, certezza del diritto e politica

Nel dibattito dottrinale di questi anni sulle nuove forme di disciplina dei mercati, i temi del rapporto tra legge e regolazione indipendente e quelli della certezza del diritto e della tutela dell'affidamento hanno notoriamente assunto un rilievo molto significativo.

Scrutinati e analizzati da molteplici punti di vista, in termini generali o settoriali, in chiave teorica o di esame di casi giurisprudenziali e di prassi, hanno costituito e costituiscono uno degli oggetti privilegiati degli studi sulla materia.

Il contributo che Nicola Bassi ha dato su questi temi – in parte assunti come oggetto diretto e specifico di analisi, in parte considerati tangenzialmente rispetto ad altre questioni – riveste quindi un'importanza significativa e merita di essere attentamente considerato.

Tra i suoi scritti, quelli che in questa prospettiva appaiono di maggiore interesse sono, oltre alla monografia sui Poteri impliciti del 2001¹, due saggi: il primo, dedicato a “*Legalità e certezza del diritto nella regolazione dei servizi economici generali*”, pubblicato nel 2010 in un volume collettaneo sulla regolazione dei servizi di interesse economico generale²; il secondo, riguardante “*Gli obblighi di pubblico servizio come strumenti di regolazione dei mercati*”, uscito su questa Rivista nel 2014³.

Il primo è un lavoro ben meditato, che ovviamente si ricollega al suo volume su Legalità e poteri impliciti, ma che tratta anche altri temi e lo fa, nonostante la brevità, in modo più problematico e per vari aspetti più maturo.

Il secondo è un lavoro più descrittivo, redatto dall'Autore in gran velocità,

¹ N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001.

² V. E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 157 ss.

³ *Gli obblighi di servizio pubblico come strumenti polifunzionali di regolazione dei mercati*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2014, p. 127 ss.

per andare incontro con la consueta generosità ad una specifica richiesta della Rivista, e che però reca alcuni spunti di grande interesse per chi voglia riflettere a fondo sui temi della regolazione.

Da questi due saggi emergono talune rilevanti indicazioni, di metodo e di merito, sia sui temi sopra richiamati sia su altre questioni cruciali per la regolazione dei mercati, come quella della derogabilità per ragioni di pubblico interesse delle ordinarie regole di concorrenza⁴ o del rapporto tra obblighi di servizio pubblico e autonomia imprenditoriale delle imprese che ne sono titolari⁵.

Le considerazioni che seguono si concentrano peraltro in particolare su due ambiti tematici specifici – quello della tutela dell'affidamento e quello del rapporto tra regolazione e politica – che ben consentono di far emergere il contributo dell'Autore e il suo orientamento di fondo sulle problematiche regolatorie.

2. *Taking it seriously?* La tutela dell'affidamento e la forbice tra enunciazioni astratte del principio e la protezione in concreto riconosciuta dall'ordinamento

La prima questione – la tutela dell'affidamento a fronte dei cambiamenti nella disciplina legislativa o amministrativa – è ovviamente notissima e ha un ambito di rilevanza che va ben al di là della materia, e del dibattito, sulla regolazione⁶.

Formulata peraltro con specifico riferimento alla disciplina dei mercati, essa può essere riassunta nell'interrogativo se il legittimo affidamento maturato in capo ad uno o più operatori in ordine alla vigenza di una determinata regolazione legislativa o amministrativa, in forza della quale gli stessi abbiano operato scelte di investimento o di mercato, comporti dei limiti – dei limiti effettivi – al potere del legislatore o del regolatore di apportare modifiche sostanziali a quella disciplina.

La questione si è posta e si pone innanzitutto, come pure è ben noto, per le norme e gli atti di incentivazione, ma rileva anche, naturalmente, per la regolazione tariffaria, per quella che definisce gli obblighi dei gestori di servizi di interesse economico generale e, in definitiva, per tutte le regolazioni che possano incidere, direttamente o indirettamente, sulla remuneratività di una data attività economica. Ovunque vi sia un affidamento qualificato sull'applicazione di un determinato trattamento regolatorio, lì esiste il problema dei limiti entro i quali legislatore e/o regolatore amministrativo possano modificarlo *in pejus*, in

⁴ V. in particolare *Gli obblighi di servizio pubblico come strumenti polifunzionali di regolazione dei mercati*, cit., p. 142 ss.

⁵ *Ibidem*, p. 148 ss.

⁶ Sulla tutela dell'affidamento è ovviamente d'obbligo il rinvio agli studi di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970, e *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2001. V. anche F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, ESI, Napoli, 1995; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2005; D. CORLETTI (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Cedam, Padova, 2007; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Giuffrè, Milano, 2008; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016; A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni alle attività economiche)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2016, p. 1 ss.

particolare dopo che i destinatari del medesimo abbiano assunto delle decisioni di investimento basate su quell'affidamento.

Nel caso della regolazione prodotta da autorità amministrative indipendenti, la questione si pone in termini particolarmente pregnanti, dato che, com'è risaputo, una delle ragioni sottese alla loro istituzione è proprio quella di garantire una maggiore stabilità della regolazione o, meglio, la prevedibilità della sua evoluzione⁷. Cosicché, se le autorità indipendenti trascurassero di considerare l'affidamento che le imprese hanno fatto sulle loro regole quando hanno deciso se e come investire, questo risulterebbe in contrasto anche con la missione ad esse specificamente assegnata dall'ordinamento.

È chiaro peraltro che un problema analogo di coerenza ricorre anche per il legislatore laddove emani norme di incentivazione, per definizione dirette ad influire sul calcolo economico delle imprese e dunque sulle loro scelte di investimento⁸.

Ciò posto, il contributo di Nicola Bassi allo studio di tale tema è innanzitutto diretto a mettere in rilievo la distanza che intercorre tra le astratte enunciazioni del principio di tutela dell'affidamento (e di quello di certezza del diritto, a cui il primo è, a suo avviso, intimamente connesso)⁹ che si rinvergono nelle pronunce della Corte di Giustizia, della Corte Costituzionale e della giurisprudenza amministrativa e la protezione ad esso effettivamente accordata.

Tale distanza è, a suo avviso, davvero eccessiva, perché, come scrive il nostro Autore, se è vero che «*nelle sentenze ... viene riconosciuto con grande enfasi il valore fondamentale del principio ...*», è però anche vero che «*la sua invocabilità in concreto è circondata da tante e tali limitazioni da renderne a dir poco evanescente la reale effettività*»¹⁰.

Il fatto è che, com'è stato confermato anche da studi più recenti¹¹, l'esistenza di un affidamento qualificato è considerato da larga parte della giurisprudenza non come un vero e proprio limite al potere del legislatore o del regolatore di variare le regole – tariffarie, d'incentivazione o altro – preesistenti, ma solo come uno degli elementi che gli stessi devono prendere in considerazione e bilanciare al fine del decidere.

Come pure è stato sottolineato, non è un caso che la violazione del principio di affidamento venga ricondotta dalla giurisprudenza amministrativa all'am-

⁷ Su tali profili sia consentito rinviare alle considerazioni formulate in E. BRUTI LIBERATI, *Servizi di interesse economico generale e regolatori indipendenti*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., p. 75 ss; e in ID., *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2014, p. 81 ss.

⁸ Come osserva A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni alle attività economiche)*, cit., p. 18 s., «una incentivazione, anche quando sia stata introdotta da una regolazione temporanea ..., viene percepita ragionevolmente dagli operatori come un 'segnale' forte e non equivoco d'invito a un investimento: la regolazione, in tali casi, è essa stessa fonte di affidamento. Il valore e le caratteristiche di questo 'segnale' vanno valutati ... anche in funzione delle caratteristiche obiettive dell'investimento».

⁹ V. in particolare *Principio di legalità e principio di certezza del diritto a confronto nella regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., p. 158 ss. Sull'esigenza di distinguere con chiarezza i due principi v. invece, tra gli altri, A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni alle attività economiche)*, in part. p. 14 ss.

¹⁰ Ibidem, p. 161.

¹¹ V., in particolare, A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni alle attività economiche)*, cit., p. 7 ss.

bito dell'eccesso di potere e non a quello della violazione di legge: ciò è, infatti, del tutto coerente con un'impostazione intesa a verificare il rispetto del principio solo come uno degli aspetti della più complessiva valutazione della ragionevolezza della scelta operata dal regolatore indipendente o comunque dall'amministrazione¹². E nella sostanza analoga, fatte salve le differenze del caso, appare la logica a cui è ispirato il sindacato della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia¹³.

Si tratta di un modello di tutela che non è di per sé necessariamente inadeguato, ma la cui effettiva efficacia dipende ovviamente dal livello di rigore con cui in concreto il giudice opera la sua verifica sulla ragionevolezza della ponderazione effettuata dal legislatore e/o dal regolatore e sul fatto che in essa l'esigenza di protezione dell'affidamento del privato (pur venendo alla fine sacrificata) sia stata realmente considerata.

E ciò che un'analisi obiettiva della giurisprudenza europea, costituzionale e amministrativa mostra – come appunto rilevato anche da Nicola – è che tale livello di rigore è in molti casi insufficiente e insoddisfacente, tanto da far dubitare che essa “*takes it seriously*” e da rendere incerta la stessa effettività del principio. Se l'illegittimità della norma o dell'atto di regolazione che lede un affidamento viene pronunciata solo in casi estremi, cioè solo quando la decisione in tal senso assunta dal legislatore o dal regolatore risulta platealmente incongrua e ingiustificabile, può realmente ritenersi che il principio abbia una sua autonomia rispetto al principio di ragionevolezza e possa comunque considerarsi vigente?

Per chi ritiene che le istanze meta-giuridiche sottese al principio di tutela dell'affidamento meritino tuttora di essere soddisfatte, si pone pertanto, inevitabilmente, il problema di comprendere se e come tale tutela insoddisfacente possa essere rafforzata e resa più effettiva e credibile.

Al riguardo, le vie da percorrere appaiono sostanzialmente due, entrambe tratteggiate, sia pure embrionalmente, da Nicola.

La prima, in tempi recenti ampiamente argomentata da Aldo Travi¹⁴, è che all'attuale tutela imperniata sulla tecnica del bilanciamento dell'affidamento con gli altri interessi pubblici coinvolti, venga affiancata, già in via interpretativa, una protezione indennitaria, e cioè che ai soggetti pregiudicati nel loro affidamento venga riconosciuto un indennizzo corrispondente al danno concretamente subito: «*la garanzia dell'affidamento va sottratta, ..., a quella prospettiva appiattita essenzialmente sul tema della legittimità degli atti cui si ispira ancora oggi la nostra giurisprudenza pubblicistica. A questa prospettiva va opposta la considerazione che in molti casi (come nel caso delle incentivazioni economiche) la tutela dell'affidamento non può essere attuata [solo] in termini formali, corrispondenti a un risultato procedimentale nella logica del bilanciamento, ma va attuata anche in termini sostanziali, rappresentati dalla garanzia di un valore già precedentemente riconosciuto dall'ordinamento... Il sacrificio dell'affidamento che l'atto amministrativo può determinare non si traduce necessariamente in una illegittimità, ma genera comunque un obbligo di indennizzo*»¹⁵.

¹² V. ancora A. TRAVI, *op. cit.*, in part. p. 13 ss.; e N. BASSI, *Legalità e certezza del diritto nella regolazione dei servizi economici generali*, cit., p. 163

¹³ N. BASSI, *op. ult. cit.*, p. 161 ss.

¹⁴ V. ancora *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni alle attività economiche)*, cit., p. 24 ss. E v. già N. BASSI, *Legalità e certezza del diritto nella regolazione dei servizi economici generali*, cit., p. 159.

¹⁵ A. TRAVI, *op. cit.*, p. 30 (sottolineatura aggiunta).

Si tratta di una proposta che appare del tutto condivisibile: vi sono senz'altro dei casi in cui l'interesse generale può giustificare una modifica della regolazione preesistente, pur se ciò implica un *vulnus* per i privati che avevano fatto affidamento su di essa. In tali casi, peraltro, appare coerente con i principi propri del nostro ordinamento che al prevalere dell'interesse pubblico si accompagni il riconoscimento di un indennizzo in relazione al pregiudizio subito dai privati¹⁶.

La logica è, all'evidenza, quella stessa che informa la previsione da parte della legge n. 241/1990 di un indennizzo in caso di recesso per legittime ragioni di pubblico interesse da un accordo pubblicistico o di revoca di un atto amministrativo unilaterale sempre per ragioni di pubblico interesse¹⁷. Una logica ispirata alla ricerca di un equilibrio ragionevole tra l'esigenza di riconoscere al legislatore e alle pubbliche amministrazioni il potere di modificare i loro atti quando l'interesse pubblico lo richieda e quella di rendere effettivi e seri gli impegni che gli stessi hanno assunto in precedenza verso i privati con i loro atti – o comunque gli affidamenti che hanno ingenerato con gli stessi.

Tale conclusione – e dunque la soluzione di ritenere che, laddove un affidamento qualificato sia stato pregiudicato dalla modifica per ragioni di pubblico interesse di una regolazione preesistente, al suo titolare debba comunque essere riconosciuta una protezione indennitaria – non esclude peraltro che si debba intervenire anche sul versante della tutela di legittimità e sul modo in cui essa è oggi prevalentemente concepita ed applicata. Del resto, se si considera ancora l'analogia con gli accordi pubblicistici, anche con riferimento agli stessi la previsione di un indennizzo da recesso non implica affatto che il vaglio sulle ragioni di pubblico interesse che lo hanno motivato non debba essere estremamente incisivo, sino a verificare se realmente lo scioglimento unilaterale dal vincolo convenzionale è l'unico modo per soddisfare adeguatamente l'interesse pubblico¹⁸.

Già solo una semplice esigenza di coerenza sistematica e di serietà inter-

¹⁶ Come scrive N. BASSI, «la certezza del diritto non sembra determinare inevitabilmente (anche quando vi sia un affidamento davvero meritevole di essere protetto) un divieto assoluto di modificare in senso peggiorativo la regola preconstituita, ma pare comportare semmai la necessità di assicurare al soggetto leso una qualche forma di "indennizzo" (o direttamente in denaro o attraverso misure regolatorie alternative, per lui favorevoli) al fine di mantenere l'equilibrio economico della sua attività» (così in *Legalità e certezza del diritto nella regolazione dei servizi economici generali*, cit., p. 159).

¹⁷ V., rispettivamente l'art. 11, comma 4, e l'art. 21-*quinquies* della legge 241/1990. In dottrina v., tra gli altri, sul recesso dagli accordi, F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. Dir.*, 1993, p. 246 ss.; ID., *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, p. 51 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 185 ss.; ID., *Accordi pubblici* (ad vocem), in *Enc. Dir.*, V Agg., Milano, 2001, p. 21 ss.; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003; sulla revoca dei provvedimenti, M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Giappichelli, Torino, 1999; D. CORLETTI (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, cit.; C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento: il caso tedesco*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2008.

¹⁸ Al contrario, la giurisprudenza ha da sempre affermato, con riferimento ai rapporti contrattuali nei quali una pubblica amministrazione intervenga nell'esercizio di un potere amministrativo discrezionale, che il recesso unilaterale dallo stesso per sopravvenute ragioni di pubblico interesse deve trovare la sua giustificazione in esigenze pubblicistiche gravi e non altrimenti soddisfabili: v. già le (sempre interessanti, per le considerazioni anche meta-giuridiche in esse formulate), App. Trani, 3 aprile 1916, in *Giur. it.*, 1917, I, 2, 1; Cass. Roma, sez. un., 9 febbraio 1918, in *Foro it.*, 1918, I, 487; in tempi recenti, v. ad esempio Cons. Stato, sez. III, 31 ottobre 2017, n. 5036.

pretativa impone quindi di ritenere che il modello di protezione imperniato sul bilanciamento della tutela dell'affidamento con altri interessi pubblici non possa essere inteso in termini meramente formalistici ed esiga invece un sindacato effettivo e penetrante sul modo in cui quel bilanciamento è stato effettuato.

Ciò ovviamente è più facile nel caso degli atti amministrativi di regolazione, riguardo ai quali è certamente possibile un esame puntuale dell'istruttoria che li ha preceduti e della motivazione che essi devono recare, anche sotto il profilo della ricerca e valutazione di soluzioni alternative¹⁹. E infatti, a ben vedere, la giurisprudenza amministrativa offre anche esempi, assai apprezzabili, di casi in cui tale esame puntuale e sostanziale è stato in effetti condotto e non casualmente ha portato all'annullamento di atti di regolazione lesivi di un legittimo affidamento²⁰.

Meno agevole è, all'apparenza, operare un controllo siffatto nel caso degli atti legislativi, a causa anzitutto della persistente – e ormai palesemente inaccettabile – regola che esime il legislatore nazionale dall'obbligo di motivazione. Ma è ben noto che in realtà la Corte Costituzionale e la stessa Corte di Giustizia hanno comunque gli strumenti per ricostruire la volontà del legislatore, il modo in cui la stessa si è formata e le alternative possibili rispetto alla scelta in definitiva compiuta, e possono dunque accertare – più seriamente di quanto non di rado accada – se la modifica di una disciplina preesistente, che incida su rapporti di durata e su investimenti già posti in essere da operatori economici, non «*trasmod[is] in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incid[is] sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza pubblica[recte: giuridica]*»²¹.

È troppo chiedere – o, meglio, esigere – che questo sindacato sia sostanziale e non formale e non sia condizionato, quanto meno non pregiudizialmente, da logiche di tutela dell'interesse meramente finanziario dello Stato²²?

3. Regolazione, politica e mercato

Il secondo tema che vorrei trattare qui, sempre muovendo dalle intuizioni e dalle riflessioni di Nicola Bassi, attiene al rapporto tra regolazione, politica e mercato.

Sappiamo tutti che esiste – esiste sin dagli anni novanta del secolo scorso

¹⁹ Osserva A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento*, cit., p. 27, che «*Il sindacato sulla motivazione rappresenta, nonostante alcune concezioni troppo ottimistiche, un diaframma rispetto alla conoscenza della situazione reale*», giacché «*la sufficienza della motivazione evita, ..., un'indagine sulla corrispondenza reale dell'atto alle caratteristiche dei fatti e degli interessi che ad essi corrispondono*». Il che è certamente esatto, ma sembra in definitiva attenersi, più che ad un limite intrinseco del sindacato sulla motivazione, a un'insufficienza dell'uso che in concreto, in non pochi casi, la giurisprudenza fa di tale strumento. Una conferma in questo senso sembra del resto potersi ritrovare nelle pronunce che utilizzano il controllo sulla motivazione per operare al contrario un sindacato assai penetrante e tutt'altro che formalistico sulla scelta operata dall'amministrazione (per un esempio recente, emblematico della potenziale grande incisività dell'istituto, v. Cons. Stato, sez. VI, 9 agosto 2016, n. 3552).

²⁰ V., in particolare, Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2016, nn. 939 e 940.

²¹ Così, da ultimo, Corte Cost., 24 gennaio 2017, n. 16.

²² Su quest'ultimo tema v. ancora A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento*, cit., p. 31.

ma è oggi particolarmente diffuso – un orientamento che guarda con diffidenza e sospetto alla regolazione indipendente e alla sua autonomia dalla politica perché ritiene che questo significhi soggezione della regolazione al mercato e implichi una compressione indebita delle tutele costituzionalmente previste a favore di diritti e di interessi che il mercato non può garantire.

È la tesi ad esempio sostenuta in passato da Michela Manetti nel suo libro sui Poteri neutrali²³ e che è stata di recente ripresa con forza, con riferimento al ruolo della Banca Centrale Europea, in un libro di Omar Chessa²⁴. Ed è anche una tesi molto presente nell'attuale dibattito sociologico, ove è stata sostenuta, tra gli altri ma con particolare forza suggestiva, da Wolfgang Streeck²⁵.

Negli anni novanta del secolo scorso tale orientamento era decisamente minoritario: lo spirito dei tempi era allora espresso assai di più da Fabio Merusi, che viceversa propugnava la necessità di una piena auto-referenzialità della regolazione e dei regolatori e di una loro assoluta impermeabilità rispetto alla politica²⁶.

Oggi, molto è cambiato, com'è ben noto, nel modo di concepire il rapporto tra politica, mercato e regolazione e la tentazione di buttare a mare – insieme agli eccessi liberistici degli anni novanta del '900 e dei primi anni di questo secolo – anche due decenni di regolazione indipendente dei servizi di interesse economico generale, dei mercati finanziari e della moneta appare piuttosto diffusa e non solo nel dibattito politico ma anche tra gli studiosi.

Sotto questo profilo, sembra interessante notare che Nicola Bassi, che pure alle istanze di democraticità delle scelte di disciplina dei mercati e in generale delle scelte politico-amministrative dava grande peso (come inequivocabilmente emerge dal suo primo e fondamentale volume su Legalità e poteri impliciti), nel suo lavoro del 2010 su Legalità e certezza del diritto si esprime con chiarezza a favore di un assetto equilibrato dei rapporti tra legislatore, governo e regolatori indipendenti.

L'essenziale, a suo avviso, era che laddove un'autorità amministrativa anche indipendente debba assumere una decisione politico-discrezionale e debba dunque ponderare interessi, lì vi sia e venga rispettato un assetto e una scala di priorità definita in sede legislativa (o comunque politica): come scrive Nicola, il principio di legalità implica che «*seppure in misura variabile al variare del tasso di discrezionalità affidato alla fase applicativa, l'assetto degli interessi deciso in un caso concreto dall'amministrazione debba essere riconducibile ad una scelta politica compiuta in sede legislativa*»²⁷.

A questo contenuto del principio di legalità il nostro Autore ritiene che non si possa in alcun modo rinunciare. Tanto è vero che egli critica fortemente l'idea, come sappiamo ben presente nella giurisprudenza del Consiglio di Stato sulle autorità indipendenti, di uno scambio tra la legalità sostanziale e la c.d. legalità procedimentale²⁸.

²³ M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994.

²⁴ O. CHESSA, *La Costituzione della moneta*, Jovene, Napoli, 2016.

²⁵ W. STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, Milano, 2013.

²⁶ Gli studi di F. MERUSI sulle autorità indipendenti sono, com'è ben noto, molteplici. Qui sembra sufficiente rinviare a quello che è forse, tra tutti, il più brillante e suggestivo: *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000.

²⁷ N. BASSI, *Principio di legalità e principio di certezza del diritto*, cit., p. 167.

²⁸ V. ancora *Principio di legalità e principio di certezza del diritto*, op. loc. cit.. La giurispru-

Ma, una volta che la riconducibilità della decisione discrezionale del regolatore ad un'indicazione politica di un soggetto a ciò legittimato (e, in particolare, secondo Nicola Bassi, del legislatore) sia assicurata, allora l'indipendenza e anche l'autonoma competenza dei regolatori deve essere riconosciuta e difesa contro gli eventuali (e nei fatti frequenti) tentativi della politica di interferire anche in via legislativa sulle scelte puntuali di disciplina dei mercati affidate ai medesimi.

Ed è in questa prospettiva che Nicola richiama sia le norme europee che, a partire dal 2009, hanno finalmente iniziato a garantire competenza e indipendenza dei regolatori²⁹ sia la giurisprudenza della Corte di Giustizia che in varie occasioni ha sancito l'illegittimità degli atti anche legislativi non rispettosi delle stesse³⁰.

Si tratta di spunti ed intuizioni, più che di riflessioni compiutamente sviluppate: ma di spunti importanti, che contribuiscono a delineare un percorso ricostruttivo e di politica del diritto che anche in questo caso – come in quello della tutela dell'affidamento – va nella direzione più che condivisibile di un bilanciamento equilibrato tra istanze e valori diversi, che qui sono quelli di democrazia da un lato e quelli (usualmente ricondotti alla regolazione indipendente) di competenza tecnica, di stabilità e di imparzialità della disciplina dei mercati, dall'altro.

La democrazia – e il principio di sovranità popolare che ne è il cardine – richiede (anche) che le scelte politico-discrezionali affidate ai vari livelli di amministrazione siano espressione dell'indirizzo politico definito dagli organi politicamente rappresentativi. Nel caso delle autorità indipendenti di regolazione, sottratte per definizione – e oggi anche in forza della chiara disciplina positiva dettata a livello europeo e nazionale – al circuito della rappresentanza politica, ciò significa che, nei casi (comunque non ordinari) in cui siano chiamate dal legislatore ad assumere decisioni non meramente tecnico-discrezionali e che comportino invece anche ponderazioni di interessi, esse non possano definire autonomamente il proprio indirizzo politico-amministrativo ma debbano attenersi agli orientamenti espressi dal legislatore dagli organi di governo.

denza a cui si fa qui riferimento è ovviamente quella che, recependo anche i suggerimenti formulati da parte della dottrina (v., tra gli altri, gli studi raccolti nel volume *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti, Quaderni del Consiglio di Stato*, Giappichelli, Torino, 1999, ove, in particolare, M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, p. 9 ss., e M. D'ALBERTI, *Procedimenti generali e singolari: problemi attuali e miglioramenti possibili*, p. 91 ss.) ha meritoriamente imposto alle autorità indipendenti di adottare moduli procedurali aperti e partecipati anche per l'adozione di atti di regolazione generali nonché di motivare (sia pure sinteticamente) il mancato accoglimento delle osservazioni presentate dai soggetti intervenuti (v. in tal senso, tra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007 e 27 dicembre 2006, n. 7972). Su tale giurisprudenza e più in generale sul tema della partecipazione ai procedimenti di regolazione v. M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., p. 189 ss.

²⁹ V. in particolare l'art. 3, comma 3-bis, della direttiva 2002/21/CE (come introdotto dalla direttiva 2009/140/CE) (in materia di comunicazioni elettroniche), l'art. 35 della direttiva 2009/72/CE (in materia di energia elettrica), l'art. 38 della direttiva 2009/73/CE (in materia di gas naturale), l'art. 55 della direttiva 2012/34/UE (in materia di trasporto ferroviario): i quali tutti sanciscono il principio inequivocabile che le autorità nazionali di regolamentazione non possono sollecitare o accettare istruzioni da organi di governo nell'esercizio dei loro compiti di regolazione.

³⁰ Corte di Giustizia, 29 ottobre 2009, in causa C-474/2008, Commissione contro Regno del Belgio. E v. anche Corte di Giustizia, 3 dicembre 2009, in causa C-424/07, Commissione contro Repubblica federale di Germania; nonché, in tempi più recenti, Corte di Giustizia, 26 luglio 2017, in causa C-560/2015, *Europa Way e Persidera*.

Come questo possa e debba conciliarsi con il principio dell'indipendenza anche funzionale delle autorità è tema complesso, che non può essere qui approfondito. Ma sembra oggi palese – e di ciò anche Nicola Bassi nei suoi lavori appare consapevole – che tale conciliazione non passa né dalla via di una rigida e assoluta impermeabilità della regolazione indipendente dalla politica – dalla politica democratica – né da quella di una subordinazione delle autorità ai voleri, spesso estemporanei e talora tecnicamente approssimativi, delle maggioranze parlamentari o dei governi.