

*Il sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche delle Autorità
Indipendenti*

Indice

Capitolo 1. Le Autorità amministrative indipendenti (AAI): origini, evoluzione, natura e funzioni

1. Le origini delle *authorities* in Italia
2. La diffusione delle Autorità indipendenti in Italia in difetto di un unitario quadro normativo e il rafforzamento del “sistema delle *authority*”
3. Le autorità indipendenti nel contesto evolutivo dello Stato di diritto
4. La creazione dell’ANAC tra funzioni di prevenzione e *soft regulation*
5. La natura giuridica delle autorità indipendenti e peculiarità

Capitolo 2. I poteri delle Autorità amministrative indipendenti

1. Il potere sanzionatorio
2. Concetti giuridici indeterminati
 - 2.1. Premessa
 - 2.2. La dottrina germanica e la nascita del dibattito
 - 2.3. Discrezionalità libera e vincolante
 - 2.4. Il duplice significato dei concetti giuridici indeterminati
 - 2.5. Il margine di valutazione come spazio intermedio tra discrezionalità e vincolatività
 - 2.6. L’approccio italiano alla materia
3. *Soft regulation* e le nuove linee guida ANAC
 - 3.1. Il potere di regolazione dell’ANAC
 - 3.2. Il *soft Law*
 - 3.3. Il fenomeno delle Linee Guida ANAC: tipologie e loro efficacia vincolante
 - 3.3.1. Il difficile inquadramento delle Linee Guida come atti di *soft law*
 - 3.4. Le novità introdotte dal d.l. n. 32/2019
 - 3.5. Il sindacato giurisdizionale. Cenni

Capitolo 3. L'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle Linee Guida ANAC

1. Il principio di legalità e il sindacato del giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità
2. L'effettività della tutela giurisdizionale come paradigma di definizione dei confini del sindacato del giudice amministrativo
3. La "riserva di amministrazione" come (esclusivo) limite alla cognizione del giudice amministrativo
4. L'area della *potestas iudicandi* in rapporto alla natura del potere esercitato
5. Il controllo dell'istruttoria e della motivazione come paradigma del sindacato della discrezionalità
6. La discrezionalità tecnica
7. Il sindacato sugli atti di normazione secondaria
8. Il giudizio di legittimità delle delibere delle autorità amministrative indipendenti
9. I margini di sindacabilità delle Linee Guida dell'ANAC

Bibliografia

Introduzione

Il presente elaborato di tesi si prefigge di analizzare la genesi e la storia della autorità indipendenti delineando in primo luogo una panoramica sulle principali caratteristiche di dette autorità e sulla corretta natura da attribuire alle stesse all'interno dell'ordinamento; per poi soffermarsi nel corso del secondo capitolo ad analizzare la preziosa funzione ottemperata dai concetti giuridici indeterminati, attraverso i quali l'ordinamento assume i caratteri di elasticità e dinamicità, permettendo allo stesso di conservare una sua attualità nonostante il trascorrere del tempo. Tali concetti danno la possibilità alla P.A. di potersi ritagliare un importante spazio decisionale nel quale districarsi agevolmente, determinando ciò che è interesse pubblico nel caso concreto. Pertanto, al giudice spetta un compito assai difficile, consistente nel contrastare il regolare fenomeno per cui, di fronte ad una norma indeterminata, siano le determinazioni degli apparati amministrativi a decidere, in concreto, le regole del gioco. Ed è proprio sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo che si concentra la terza ed ultima parte dell'elaborato, Il tema, che tiene impegnato da molto tempo giurisprudenza e dottrina (oltre il legislatore) in un'opera costante di puntualizzazione de diversi ambiti, potrebbe anche considerarsi abbastanza meditato e definito, al termine di una serie di approdi ricostruttivi e dogmatici stabili e fidati, quanto necessitante di ulteriori approfondimenti, che ne consentano una più scrupolosa catalogazione, come, ed è questo il caso in oggetto, per le linee guida dell'ANAC. L'ardua catalogazione della natura giuridica di tali atti (che ha già spossato la dottrina) ha chiaramente complicato lo studio del tema dell'intensità del sindacato giurisdizionale della loro legittimità; e la presente disamina si baserà sulla (condivisa e maggiormente avvalorata) qualificazione delle linee guida vincolanti come regolamenti e di quelle non vincolanti come circolari o direttive .L'enorme varietà dei modelli secondo cui sono strutturate le differenti fonti legislative del potere di regolazione dell'ANAC impedisce la ricostruzione dogmatica di un unico schema di esame della legittimità delle linee guida, e impone di andare a ridimensionare il criterio di giudizio della legalità formale, a vantaggio di quello di un controllo sostanziale sulla ragionevolezza e sulla proporzionalità delle regole cristallizzate con gli atti in questione.

Capitolo 1

Le Autorità amministrative indipendenti (AAI): origini, evoluzione, natura e funzioni

1. Le origini delle *authorities* in Italia

Uno dei più rilevanti elementi distintivi che ci giunge dal periodo illuministico è il concetto formulato da Montesquieu inerente alla separazione dei poteri. Tale concetto di divisione è stato formulato proprio al fine di evitare che tutti e tre i poteri confluissero nelle mani di un'unica persona. Infatti, secondo il filosofo francese le funzioni fondamentali di uno Stato dovevano essere ripartite in capo a soggetti distinti e separati.

Nel 1748, sono stati individuati tre poteri distintivi dello Stato, la funzione legislativa (creazione di norme), appartenente al Parlamento, espressione del popolo, la funzione giudiziaria (applicazione e rispetto della legge), appartenente alla Magistratura e, infine, la funzione esecutiva (esecuzione delle norme), ripartita tra il Governo e la pubblica amministrazione (d'ora in poi, P.A.).

Nel nostro Paese questo modello appena tratteggiato individuerà una propria compiuta applicazione solo a cominciare dal 1848 a seguito dell'emanazione dello Statuto Albertino¹ nel Regno di Sardegna.

Saranno, poi, le riforme Cavouriane, incentrate soprattutto sul potere esecutivo, a portare al completo compimento il modello di Montesquieu. Cavour focalizzò la propria attenzione sulla ristrutturazione delle PP.AA. Il risultato è consistito in una struttura piramidale avente al vertice il Ministro il quale, legittimato dalla fiducia delle camere, ha il potere di emanare

¹ Lo Statuto Albertino disponeva la separazione dei poteri con: un parlamento bicamerale (Camera dei deputati elettiva e Senato del Regno di nomina regia); un governo nominato dal Re; la magistratura composta da magistrati nominati dal Re. Era una forma di monarchia costituzionale (governo nominato dal re) che nel tempo si trasformò in una monarchia parlamentare (governo eletto dai cittadini), in, www.quirinale.it

atti (per lo più, provvedimenti amministrativi) ed è il solo a risponderne, in ragione del fatto che solamente sulla sua figura grava la responsabilità politica.

È facilmente comprensibile come in un simile modello non vi fosse alcun posto per entità amministrative collocate al di fuori di tale struttura.

Iniziarono a vedersi alcuni cambiamenti, precisamente nella prima metà del '900, con la fine dello Stato liberale e l'inizio delle prime forme di suffragio universale.

Da una prospettiva più recente, infatti, si è assistito a un nuovo e differente fenomeno, ossia la nascita di nuove entità amministrative, affrancate da qualsivoglia legame con l'apparato del governo centrale e, pertanto, del tutto indipendenti in ordine al proprio operato.

L'esigenza di avere nell'ordinamento italiano soggetti pubblici aventi i caratteri di indipendenza ed autonomia, è nata al fine di regolare e tutelare interessi costituzionalmente rilevanti.²

Pertanto, le autorità indipendenti hanno individuato la propria origine nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti d'America con la creazione, nel 1887, della *Commerce Regulatory Commission*³.

La nascita delle autorità indipendenti caratterizza, sia in termini storici sia sociali, il passaggio da un modello amministrativo accentrato e piramidale ad uno policentrico e pluralistico.

Le radici storiche di questo modello possono rinvenirsi nell'esperienza Americana con la creazione delle prime *agencies* le quali sono nate proprio al fine di assicurare un riparo efficace dalla corruzione e dalle frodi: il loro tratto distintivo, difatti, è l'indipendenza dell'esecutivo.

Le *authorities* possono qualificarsi come soggetti auto-responsabili, non sottoposti ad alcun controllo, proprio in ragione della loro non soggezione ai protagonisti politici.

² Romano F., *Verso un nuovo modello di Amministrazione: le amministrazioni indipendenti*, in *Le autorità indipendenti*, a cura di Caringella F., Garofoli R., Napoli, 2000, pp. 7 ss.

³ Le *independent regulatory commission* hanno iniziato a svilupparsi a seguito dell'istituzione nel 1887 della succitata Commissione la quale aveva la funzione di disciplinare l'azione delle compagnie ferroviarie e diramare i conflitti tra interessi che riguardavano gli Stati Uniti, in relazione allo sviluppo delle strade serrate. La commissione, denominata *the poor man's court*, espletava funzioni di regolazione pubblica delle tariffe e di tutela dei diritti di quei soggetti che erano meno forti (ad esempio, piccoli commercianti, agricoltori) contro gli abusi monopolistici delle compagnie.

Esse beneficiano di una totale autonomia e indipendenza di giudizio e valutazione, assicurata in special modo in virtù della loro limitata revocabilità e rinnovabilità della carica⁴.

Sul piano funzionale, alle *agencies* americane, sono riconosciuti rilevanti poteri. Oltre quelli tipicamente amministrativi (di vigilanza e controllo), sono dotate di poteri normativi secondari – quasi legislativi, il c.d. *rulemaking* – e di risoluzione delle controversie – il c.d. *adjudication*.

Al modello americano, che palesa una tradizione più secolare, sono andate ispirandosi le recenti esperienze europee, a cominciare da quella francese con le *autorités administratives indépendantes*, sino a quella inglese con le *authority*⁵.

Dunque, se il modello delle *agencies* oltreoceano, ha rafforzato maggiormente la loro indipendenza nonché la formazione di un modello amministrativo innovativo, nell'Europa continentale, invece, il loro sviluppo è stato intrinsecamente correlato ad una regressione dell'intervento da parte dello Stato nell'economia.

La loro radicale affermazione in Europa è fortemente allacciata al processo di liberalizzazione e creazione di mercati concorrenziali nei differenti settori che in un primo momento erano integralmente nelle mani dello Stato.

Occorre ora menzionare, a titolo di esempio, alcune delle prime figure organizzative, nate a livello europeo, aventi carattere di indipendenza dall'esecutivo, costituito, in questo caso, dalla Commissione dell'Unione Europea.

Tra le prime autorità che possono annoverarsi, aventi carattere d'indipendenza, vi sono la Banca centrale europea (BCE) – grazie specialmente all'istituzione del sistema europeo delle banche centrali (SEBC) – nella quale sono converse le banche centrali nazionali, qualificate dal medesimo trattato (TCE⁶) come autorità indipendenti⁷.

Il legislatore europeo, mediante una serie di regolamenti, ha imposto la realizzazione di diverse di autorità nell'ambito dei più disparati settori di natura economica e sociale.

⁴ Eligiato M., *Origine e natura delle Authorities*, in www.comparazionedirittocivile.it

⁵ Per aumentare le informazioni sulle autorità indipendenti in U.K., Cattaneo S., *agencies e regulation nel Regno Unito*, in *Le autorità indipendenti*, a cura di S. Labriola, Milano, 1999.

⁶ Si rinvia agli artt. 107 e 108 del Trattato della Comunità Europea.

⁷ Benetazzo C., *I nuovi poteri regolatori e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle autorità indipendenti*, in www.federalismi.it, fasc., n. 5/2018. pp. 6 ss.

La storia italiana delle autorità, come può evincersi da tale breve premessa, è piuttosto policroma e non può ricondursi a un'unica ragione o ad un'unica cifra.

Esse hanno iniziato a comparire nell'ordinamento italiano come istituzioni legate a uno specifico progetto di riforma, a un'esigenza di rispettare obblighi comunitari, alla necessità di dare origine a un ordine pensile ed elastico, alla cognizione circa il fatto che soggetti e procedure tradizionali non riescono a stare al passo con le dinamiche sociali ed economiche che rischiano di condurre interi settori rilevanti fuori d'ogni controllo⁸.

Queste si sono affermate nel nostro ordinamento verso la metà degli anni Novanta, a seguito della trasformazione del ruolo dello Stato oltre che sulla base di un impulso sempre più forte da parte del diritto comunitario.

La loro istituzione ha corrisposto con la crisi dello Stato imprenditore il quale aveva assunto direttamente determinate attività in ambito economico.

Tale crisi ha determinato la nascita del c.d. Stato regolatore⁹, ossia uno Stato la cui attività principale consisteva nel coordinare quei settori principali che necessitavano di puntuali interventi (energia, trasporto ecc.) e dove l'intervento delle istituzioni era circoscritto alla realizzazione delle condizioni maggiormente opportune al fine di ottimizzarne produttività e competitività nel sistema economico¹⁰.

Da questa angolatura, anche nel nostro Paese ha iniziato a farsi strada l'idea di uno Stato come arbitro e regolatore del mercato.

L'approdo¹¹ nel nostro tessuto ordinamentale è stato determinato *in primis* dall'emergere di interessi e valori in relazione ai quali gli apparati tradizionali sono risultati interamente carenti di preparazione nel fornire risposte concrete. Tale situazione di incertezza si è riscontrata inizialmente e, in particolar modo, nell'ambito di quei settori sensibili che hanno coinvolto la tutela di interessi a rilievo costituzionale.

⁸ Rodotà S., *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 11.

⁹ Per un maggiore approfondimento in merito alla distinzione tra Stato imprenditore e regolatore. Boronovi E., Fattore G., Longo F., *Management delle Istituzioni Pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 10 ss.

¹⁰ Bin, R., Pitruzzella, G., *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 237.

¹¹ Invero, nell'ordinamento italiano vi erano già stati istituiti degli organismi che, pur non appartenenti né al ramo del legislativo né a quello del giudiziario, esercitavano, in posizione di autonomia e indipendenza (o meglio, semi-indipendenza) dal potere esecutivo, attività regolatorie e di controllo, e quindi, *lato sensu* amministrative, nei settori più svariati della vita del Paese; nel sistema creditizio la Banca d'Italia, in settori di rilievo costituzionale il Consiglio di Stato in sede consultiva, la Corte dei Conti o ancora, il Consiglio superiore della Magistratura. Tali organi sono stati catalogati dalla dottrina, come autorità indipendenti di prima generazione, mentre si è iniziato a parlare di autorità indipendenti di seconda generazione a cominciare dall'istituzione della Consob (1974). Si veda V. Caianiello, *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 50 ss.

Proprio in relazione a ciò, si è sentito il bisogno di legittimare, anche in Italia, la nascita di organismi di garanzia indipendenti, dotati di una peculiare posizione di terzietà, imparzialità e neutralità.

L'avvento di questa nuova forma di autorità ha risposto a necessità tutorie e di garanzia, per quei settori considerati particolarmente delicati e la cui cura avrebbe dovuto essere affidata ad organismi in grado di agire in via esclusiva.

In Italia il bisogno di consolidare talune funzioni di garanzia, di controllo e regolazione, scindendole dai classici apparati organizzativi dell'esecutivo e commissionandole ad organismi neutri e terzi rispetto al Governo, ha fatto sì che già dalla metà degli anni Settanta il fenomeno iniziasse sempre più a espandersi, con la creazione e l'istituzione delle prime autorità indipendenti¹².

2. La diffusione delle Autorità indipendenti in Italia in difetto di un unitario quadro normativo e il rafforzamento del “sistema delle *authority*”

Come anticipato nel precedente paragrafo, anche in Italia, a partire dall'inizio degli anni Novanta, hanno cominciato a diffondersi le c.d. Autorità amministrative indipendenti, sulla base di una tendenza che in altri ordinamenti e, in special modo, negli Stati Uniti era andata affermandosi nella metà del XX secolo, con la graduale realizzazione di un modello di amministrazione differenziato rispetto a quello ministeriale¹³.

Un modulo diverso di P.A., posta al di fuori dal tradizionale circuito democratico-rappresentativo, che in Europa continentale, invero, era stato teorizzato da Carl Schmitt durante la famosa conferenza tenuta alla Camera di Commercio di Berlino nel 1930, con la rappresentazione di un “potere neutrale” della Banca centrale e di altri organismi tecnici, posti sì al riparo dall'indirizzo politico governativo, ma, in ogni caso, titolari di “decisioni

¹² Caringella F., *Le amministrazioni indipendenti tra neutralità e paragiurisdizionalità: il problema della copertura costituzionale*, in *Le autorità indipendenti*. op. cit. pp. 45 ss.

¹³ In argomento, Cassese S., *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in Cassese S., Franchini C., *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna 1996, 217 ss.; De Benedetto M., *Autorità indipendenti*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da Cassese, S., I, Milano 2006, 588 s. Sull'esperienza degli Stati Uniti, Goodnow F.G., *Principles of the administrative law of the United States*, New York – London 1905; Cushman R.E., *The independent regulatory commissions*, New York – London 1941; Rabin R.L., *Federal regulation in historical perspective*, in *Stanford Law Review*, 1986, 1189 ss.

politiche” nell’ambito del governo dell’economia in forza della loro competenza specialistica¹⁴.

Nel nostro Paese, il bisogno di consolidare talune funzioni di garanzia, controllo e regolazione, separandole dagli apparati organizzatori dell’Esecutivo e assegnandole ad organismi “terzi” sia nei riguardi del Governo che in quelli degli *stakeholder* privati, si era già palesata nella prima metà degli anni Settanta con l’istituzione della CONSOB (l.n. 216/1974)¹⁵.

Negli anni Ottanta, oltre all’istituzione dell’ISVAP (l.n. 576/1082), il legislatore istituì il Garante per l’Editoria (1981), il quale in un secondo momento fu trasformato in Garante per la Radiodiffusione e l’Editoria e, ancora, nell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, la c.d. AGCOM (l.n. 249/1997), che, unitamente alla funzione di salvaguardia del pluralismo tipica delle prime due autorità, è stata assegnataria di compiti di tutela della concorrenza e regolazione nel settore dei media e delle telecomunicazioni.

Gli anni Novanta si erano già aperti con l’approvazione della legge Antitrust (l.n. 287/1990) e la creazione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) in funzione attuativa degli equilibri simboleggiati dall’art. 41 Cost. Nel decennio delle *authority* deve segnalarsi, altresì, l’istituzione della Commissione di Garanzia sullo Sciopero nei Servizi pubblici essenziali (l.n. 149/1990), dell’Autorità per l’Informatica nella Pubblica Amministrazione (AIPA - d.l. n. 39/1993), la Commissione di Vigilanza sui Fondi Pensione (CVFP – l.n. 124/1993), l’Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici (AVLP - l.n. 109/1994), l’Autorità per l’Energia elettrica e il Gas (AEEG – l.n. 481/1995) e, infine, il Garante per la Protezione dei Dati personali (l. n. 675/1990).

Di fronte a un panorama così variopinto¹⁶ sono state sin da subito evidenziate le difficoltà di inquadramento di tali figure nell’alveo delle ordinarie coordinate istituzionali dello Stato di diritto, palesandosi (già dall’accostamento definitivo di autorità amministrative indipendenti) una certa incoerenza rispetto ai principi del diritto pubblico rafforzatasi in

¹⁴ Cfr., Schmitt C., *Das Problem der innerpolitischen Neutralität des Staates*, in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin 1958, 41 ss. In argomento, tra gli altri, Merusi, F., Passaro, M., *Autorità indipendenti*, in *Enc.Dir.*, Agg. VI, Milano 2003; Merusi, F., *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna 2000, 42 ss.; Ieva L., *L’Autorità indipendenti, tecnica e neutralità del potere*, in *Foro amm.*, 2001, 30 71 ss.

¹⁵ San Mauro C., *Il dibattito sul riordino delle autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm.*, CdS, 2009, 10, 2453 ss.

¹⁶ Patroni Griffi, F., *Tipi di autorità indipendenti*, in Cassese, S., Franchini, C., *I garanti delle regole*, cit., 55 ss.

maggior misura tra il XIX e il XX secolo¹⁷. Invero, ci si riferisce a organismi che non possono “rientrare in una delle partizioni tradizionali delle funzioni e dei poteri pubblici”¹⁸, al punto tale che la medesima qualificazione “amministrativa” non sembra persuadere del tutto. Si vuol dire che anche se si tratta di istituzioni amministrative, la volontà di ascrivere le Autorità alla funzione esecutiva mediante la richiamata aggettivazione tradisce, probabilmente, un proposito confortante dinanzi allo sbigottimento determinato dal raggruppamento di funzioni e compiti che senza dubbio non si esauriscono nel contesto tipico dell’attività esecutiva¹⁹. Di qui, pertanto, l’impegno di altre impostazioni che, coscientizzando la novità del fenomeno, hanno preferito parlare di una nuova figura dell’organizzazione amministrativa²⁰, di una diversa modalità di porsi dell’amministrazione²¹ o, perfino, di quarta funzione dello Stato contemporaneo, diretta all’appagamento degli interessi sezionali posti alla base dell’istituzione delle differenti autorità²². Altresì, non è sfuggito come il fenomeno delle autorità indipendenti costituisca un elemento compreso in un più ampio fenomeno di transizione del diritto pubblico segnato dalla decadenza del principio di rappresentanza²³. Ad ogni conto, anche in difetto di espressi riferimenti costituzionali e di una qualsivoglia normativa di cornice che ne disciplini i basilari aspetti comuni²⁴, dopo oltre un quarto di secolo dalla comparizione di tali peculiari agenzie nel panorama dell’ordinamento costituzionale italiano, sembrano essersi rafforzate alcune regolarità, sia con riguardo alle loro fattezze funzionali, quanto alla loro collocazione nell’ambito evolutivo dello Stato costituzionale.

- *Le regolarità strutturali*

¹⁷ Sul punto, tra gli altri, De Benedetto, M., *Autorità indipendenti*, cit., 589 s.

¹⁸ Così, Labriola, S., *Le Autorità indipendenti. (Note preliminari)*, in Labriola, S. (a cura di), *Le Autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano 1999, 2. Nonché, Clarich, M., *Per uno studio sui poteri dell’autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir.amm.*, 1993, 1, 77 ss.; Casavola, F.P., *Quale “statuto” per le Autorità indipendenti*, in *Rass. parl.*, 1997, 529 ss.

¹⁹ Cfr., Niccolai, S., *I poteri garanti della costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996, 12 ss.

²⁰ Cassese, S., *I caratteri originari e gli sviluppi attuali dell’amministrazione pubblica italiana*, in *Quad.cost.*, 1987, 449, ss.; Franchini, C., *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 573 ss.

²¹ Arrigoni, R., *Regolazione e gestione delle public utilities: principio di separazione e libera concorrenza nell’applicazione dei principi costituzionali e comunitari*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 87 ss.

²² Cfr., al riguardo, Niccolai, S., *I poteri garanti della costituzione e le autorità indipendenti*, cit., 248 ss.; Cassese, S., *I poteri della CONSOB per l’informazione del mercato*, in *Bancaria*, 1986, 78; Torchia, L., *Gli interessi affidati alle autorità indipendenti*, in Cassese, S., Franchini, C., *I garanti delle regole*, cit., 60 s.

²³ Labriola, S., *Le Autorità indipendenti*, cit., 60 ss.

²⁴ Deve segnalarsi il tentativo di costituzionalizzare le autorità indipendenti con la bozza di riforma costituzionale elaborata nel 1997 dalla Commissione bicamerale presieduta da Massimo D’Alema.

Relativamente al primo aspetto, tra gli elementi che generalmente vengono richiamati al fine di ascrivere una autorità amministrativa al *genus* delle autorità indipendenti vi è quello di sottrarle all'indirizzo politico governativo. Senza dubbio, si tratta di un tratto fisionomico fondamentale, che va riannodandosi al caposaldo medesimo del conferimento ad un corpo burocratico differente dai comuni rami dell'amministrazione statale di taluni compiti di natura amministrativa, nonché, normativa e paragiurisdizionale. Dunque, si tratta di attribuzioni che non rispondono del tutto al tradizionale canone dello Stato di diritto (che va reclamando la classica separazione tra i titolari delle funzioni normative, esecutive e giurisdizionali) bensì sono concentrate in capo ad un solo soggetto pubblico per una più ottimale garanzia di certi interessi di peculiare importanza costituzionale e per la regolazione di determinati settori della vita economica, in cui si concretizza una delicata intersecazione tra interessi pubblici e privati. Allora, può comprendersi come la peculiare indipendenza richiesta nell'espletamento dei richiamati compiti di garanzia e regolazione debba essere giocoforza connessa ad istituzioni che si caratterizzano dal punto di vista dell'imparzialità già sul piano organizzatorio, dal momento che non vi può essere attività imparziale senza una corrispettiva organizzazione imparziale.

La richiamata indipendenza (concreto elemento unificante di tutte le *authority*²⁵) può misurarsi, in primis, avendo riguardo alla titolarità del potere di nomina degli organi di vertice delle autorità, che dovrebbe essere, in un certo senso, "distaccato" rispetto a quelle che sono le competenze tipiche del Governo²⁶. Tuttavia, l'affermazione deve essere esattamente concepita; infatti, vi sono autorità indipendenti "*tendenzialmente governative*", il cui procedimento di nomina dispone l'intervento dei Ministri in sede di iniziativa e del Consiglio dei ministri per la deliberazione conclusiva, e autorità "*tendenzialmente parlamentari*", per le quali, invece, la nomina dei vertici è assunta di concerto tra i Presidenti della Camera e del Senato²⁷. Comunque, l'essenziale separazione non può considerarsi compromessa dall'eventuale partecipazione del Governo al relativo procedimento di nomina dei vertici delle autorità, essendo, invece, determinanti ulteriori elementi che denotano la presenza di barriere a tutela di eventuali tentativi di influenza da parte dell'Esecutivo. D'altronde, anche sul piano dell'amministrazione in senso classico (c.d. "ministeriale"), i principi costituzionali che portano a discernere gli organi di

²⁵ Poto, M., *Autorità amministrative indipendenti*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I, Torino 2008, 56.

²⁶ Labriola, S., *Le Autorità indipendenti*, cit., 7.

²⁷ Cfr., Blando, F., *Questioni in tema di sindacabilità degli atti di nomina delle autorità indipendenti*, in *Riv. Dir. Pubbl. ital. com. comp.*, 2009, 6, 1 ss.

indirizzo politico e gli organi di concreta gestione amministrativa (artt. 97, 98, nonché artt. 5, 28 e 51 Cost.) non possono riflettersi in alcun modo sul piano organizzatorio nell'esclusione di qualsiasi ruolo dei primi sulla preposizione dei secondi; piuttosto, si ha riguardo alle garanzie che l'ordinamento predispone, già sul piano dell'organizzazione, per l'autonomia decisionale delle strutture burocratiche nell'attività di raggiungimento delle finalità prestabilite dagli organi politici.

Dunque, anche con riguardo all'organizzazione della autorità amministrative indipendenti deve estendersi maggiormente la prospettiva e volgersi lo sguardo al globale quadro di garanzie che includono il potere di nomina, nonché il sistema delle incompatibilità, l'assetto delle competenze, l'autonomia organizzativa, normativa e finanziaria²⁸

Per ciò che concerne il potere di nomina delle autorità, le differenti norme istitutive dispongono di una serie di meccanismi disomogenei. In alcuni casi e, in special modo, per l'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato e per la Commissione di garanzia per lo sciopero, il legislatore ha disposto che la designazione dei componenti delle autorità avvenga d'intesa tra Presidenti delle Assemblee parlamentari (e, solo nel caso della Commissione di garanzia per lo sciopero, la nomina avviene mediante decreto del Presidente della Repubblica). In altri casi (AGCOM, Garante per la protezione dei dati personali) l'elezione dei componenti spetta ai due rami del Parlamento. In altri casi ancora, la competenza nella scelta dei componenti delle autorità è lasciata al Governo, le cui scelte, tuttavia, devono essere oggetto di approvazione da parte delle Commissioni parlamentari competenti (alle volte con la maggioranza qualificata dei due terzi dei componenti) e, infine, immesse in un decreto del Presidente della Repubblica (CONSOB, ISVAP, AEEG, ANAC). Invece, l'intervento parlamentare è escluso nel caso della nomina del Governatore e di coloro che formano il Direttorio della Banca d'Italia.

Ebbene, in termini generali, anche nel caso in cui il potere di nomina sia lasciato al Governo, il fondamentale parere vincolante delle Commissioni parlamentari competenti (alle volte richiesto a maggioranza qualificata dei due terzi) e la forma del decreto del Capo dello Stato si palesano indicati a garantire l'imprescindibile distacco dei nominati dal condizionamento dell'Esecutivo. In tal senso,

²⁸ Molto utile ai fini della rilevazione delle regolarità che segnano struttura e funzioni delle diverse autorità indipendenti italiane, in difetto di un quadro regolatorio generale, è il Documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti approvato dalla I Commissione permanente della Camera dei Deputati nella seduta del 16 febbraio 2012 (XVI legislatura, Doc. XVII, n. 17).

“il parere vincolante delle Commissioni parlamentari a maggioranza qualificata, accentua i controlli in sede parlamentare e promuove la ricerca di soluzioni condivise tra maggioranza e opposizioni”²⁹.

Inoltre, su un diverso piano, vi sono stati anche casi di rifiuto presidenziale ad approvare la nomina di personalità che, già ad un controllo *ab externo*, non sembravano avere gli essenziali requisiti di alta professionalità a mano a mano disposti dalle leggi istitutive delle varie autorità; requisiti che, unitamente al regime delle incompatibilità con altri incarichi pubblici e privati, alla stabilità del mandato in termini di appropriata durata (che non deve convergere con quello della legislatura), all’inattuabilità di revoca (se non nelle ipotesi straordinarie stabilite solamente per il Governatore della Banca d’Italia e per la CONSOB) e alla proibizione di rielezione, raffigurano la più ottimale garanzia circa il fatto che i componenti delle autorità indipendenti espletino il loro ruolo senza subire il condizionamento dell’indirizzo politico governativo.

- *Le regolarità funzionali*

Anche dal punto di vista funzionale, sebbene il carattere sicuramente multiforme delle autorità costituite durante gli ultimi decenni, possono individuarsi alcuni tratti comuni, a cui corrisponde la definizione delle stesse autorità come di garanzia, di regolazione, ovvero miste, quindi, di garanzia e regolazione insieme.

Invero, le funzioni amministrative sono quelle che pongono minori problematiche³⁰. Infatti, si tratta di compiti propriamente attribuiti alle tradizionali amministrazioni (dello Stato, dei minori enti territoriali o di altri enti pubblici) e, in un secondo momento, trasferiti, alle volte su impulso di atti dell’Ue, ad autorità indipendenti; ciò sulla base della loro peculiare legittimazione tecnico-specialistica e della evidente e accentuata autonomia dall’indirizzo politico governativo. A titolo meramente dimostrativo, devono ricordarsi le competenze in materia tariffaria assegnate all’AEEG, quelle inerenti all’autorizzazione al trattamento dei dati sensibili affidate al Garante della Privacy, quelle della CONSOB riguardanti le attività delle SIM (società di investimento mobiliare) ovvero, ancora, quelle concernenti il regime delle SOA (società organismi di attestazione) affidate all’ANAC. Si tratta di competenze che, in sé, non comportano rilevanti deviazioni rispetto al tradizionale

²⁹ Camera dei deputati, Documento conclusivo dell’indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti, cit., 10.

³⁰ Cfr., Malinconico, C., *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in Cassese, S., Franchini, C. (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., 37 ss.; De Benedetto, M., *Autorità indipendenti*, cit., 590 s.

assetto dei poteri pubblici, se non per il fatto che l'amministrazione competente non è quella ministeriale – dove le reali finalità dell'azione amministrativa vengono definite in connessione con gli organi espressivi della rappresentanza politica – bensì un apparato pubblico alternativo, legittimato in ragione della sua peculiare indipendenza e competenza tecnica nel determinato campo che il legislatore ha voluto attribuire alla sua cura.

Indubbiamente foriere di maggiori problematiche sono le funzioni decisorie delle Autorità, le quali sono esercitate in forma semicontenziosa o contenziosa³¹. Da questo punto di vista, infatti, viene misurato lo scarto tra l'amministrazione tradizionale – che si trova ad operare nel contesto di un rapporto normalmente bilaterale, all'interno del quale si dipana la dialettica tra autorità e libertà – e le Autorità indipendenti, che, in funzione di regolazione e di vigilanza di determinati settori, hanno il compito di comporre quelli che sono i conflitti che vengono a materializzarsi tra erogatori di servizi pubblici e soggetti terzi, nella maggior parte dei casi posti in una posizione non paritetica con i primi. Inoltre, in altri casi le Autorità devono ad agire in funzione arbitrale tra soggetti privati (ma non solo) posti in una posizione egualitaria, in maniera tale da rendere possibile l'accostamento di tale ruolo a quello dell'autorità tipicamente giurisdizionale³².

Tra le Autorità alle quali sono state riconosciute sin da subito funzioni contenziose vi sono l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato³³ o il Garante della Privacy, e, di recente, importanti funzioni di natura contenziosa sono state conferite, nell'ambito dei contratti pubblici, proprio alla Autorità Nazionale Anticorruzione. Alle citate funzioni decisorie, contenziose o semicontenziose, vanno sommandosi in capo a molte Autorità anche efficaci poteri istruttori nonché incisivi strumenti di investigazione, che hanno la funzione di entrare in possesso di un quadro informativo il più possibile completo, per mezzo della spontanea collaborazione delle parti in conflitto, ovvero mediante l'esercizio di attività ispettive portate a termine anche con l'aiuto delle forze di pubblica sicurezza e, in primis, della Guardia di Finanza.

Il quadro problematico in cui si trovano le Autorità amministrative indipendenti viene ultimato attraverso il riferimento alle competenze normative delle stesse le quali vengono

³¹ Clarich, M., *L'attività delle autorità indipendenti in forma semicontenziose*, in Cassese, S., Franchini, C., *I garanti delle regole*, cit., 149 s.; Pajno, A., *L'esercizio di attività in forme contenziose*, ibidem, 107 s.; De Marco, E., *Le funzioni delle "autorità indipendenti"*, in Labriola, S. (a cura di), *Le autorità indipendenti*, cit., 128 ss.; De Benedetto, M., *Autorità indipendenti*, cit., 590 s.

³² Clarich, M., *L'attività delle autorità indipendenti in forma semicontenziose*, cit. 149 ss., 153 ss.

³³ Clarich, M., *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, 77.

esercitate mediante l'adozione di regolamenti, di atti amministrativi generali, nonché atti quali quelli di regolazione o le c.d. "linee guida", estrinsecazione di quella funzione normativa atipica, generalmente definita di *soft law*, che dal diritto internazionale e sovranazionale è andata oramai diffondendosi anche a livello degli ordinamenti nazionali, accostando sempre più la legge e le altre tradizionali fonti del diritto (*hard law*)³⁴.

Dunque, la partecipazione delle varie autorità indipendenti alla funzione normativa si articola lungo un percorso che parte da un massimo livello di creatività – dove la potestà di autonoma disciplina del settore sembra fondarsi direttamente sui principi costituzionali, talché risultano assai sottili i margini di discrezionalità legislativa lasciati al Parlamento – ad un livello intermedio – dove la potestà normativa delle *authority* viene esercitata nell'ambito dei binari definiti dalla legge la quale tratteggia quelli che sono i principi del settore – ad una misura minima, dove la partecipazione viene compendiata in taluni poteri di segnalazione e proposta verso il legislatore, ancora formalmente competente alla disciplina della materia³⁵.

Quindi, già con l'impiego dei regolamenti, ossia le fonti meno distanti dagli strumenti normativi tradizionali, può appurarsi una oggettiva torsione rispetto ai tradizionali principi dello Stato di diritto. Infatti, le Autorità intervengono in ambiti caratterizzati da consistente complessità tecnica con discipline indirizzate agli operatori del settore e agli utenti di determinati servizi pubblici, senza la copertura di norme di rango primario o secondario e, di conseguenza, senza la sussistenza di alcun apparente raccordo con la fonte di legittimazione della sovranità popolare.

Da questa prospettiva, pare configurarsi un vero e proprio vuoto rispetto al principio di legalità in senso sostanziale che è, persino, "doppio" rispetto a quello in passato contestato relativamente ai c.d. "regolamenti indipendenti" del Governo. Infatti, non solo le autorità attuano norme giuridiche di rango secondario in difetto di norme legislative generali sulla materia, bensì vanno anche a intervenire nella formazione di articolate e piuttosto delicate discipline sezionali senza neanche una legittimazione popolare indiretta, che, viceversa, il

³⁴ In argomento, Marzona, N., *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, in Cassese, S., Franchini, C., *I garanti delle regole*, cit., 87 ss.; Bilancia, P., *Attività normativa delle Autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in Labriola, S. (a cura di), *Le autorità indipendenti*, cit., 148 ss.; De Benedetto, M., *Autorità indipendenti*, cit., 591.

³⁵ In argomento, Marzona, N., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, cit., 102; Morisi, M., *Verso una democrazia delle politiche?*, cit., 40, ma passim; Merusi, F., *Eguaglianza e legalità nelle autorità amministrative indipendenti*, in *Atti del Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti su Eguaglianza e legalità nei sistemi giuridici contemporanei*, Trieste 17-19 dicembre 1998, 11 ss. del testo dattiloscritto, 1, 11 ss

Governo possiede sulla scorta della relazione fiduciaria con la sua maggioranza parlamentare. Inoltre, la normativa regolatoria che viene assunta sulla scorta della legittimazione tecnico-specialistica delle autorità rappresenta, al medesimo tempo, fonte delle funzioni amministrative delle autorità e criterio di quelle contenziose o paragiurisdizionali. Ebbene, va delineandosi una sorta di circuito che può essere interpretato come elemento di un più articolato e complicato sistema giuridico autopoietico³⁶ nonché ultimo ancoraggio del pluralismo sociale e istituzionale, oppure come una caduta nella autoreferenzialità di alcuni ordinamenti sezionali e, infine, come una retrocessione rispetto ai canoni basilari degli ordinamenti costituzionali democratici.

Infine, unitamente alla titolarità di competenze (normative, amministrative e paragiurisdizionali) che riproducono “in scala” il circuito completo dei rapporti tra le tradizionali funzioni pubbliche (ma senza il limite della separazione dei poteri), le medesime Autorità indipendenti espletano, nello stesso tempo, importanti compiti ausiliari verso gli organi costituzionali (Parlamento, Governo, Regioni e Autonomie), rendendo una serie di pareri alle Commissioni parlamentari e referti periodici al Parlamento sul settore di riferimento, segnalazioni e raccomandazioni alle PP.AA., sino ad arrivare, talvolta (AGCM e ANAC) a raffigurare un validissimo strumento di implementazione del controllo giurisdizionale su precisi atti o fattispecie.

3. Le autorità indipendenti nel contesto evolutivo dello Stato di diritto

L’attribuzione di potestà normative, esecutive e paragiurisdizionali alle autorità indipendenti, che si palesano come dei veri e propri “snodi di autonomia” garantiti dalla Costituzione, coincide con una importante disgregazione della funzione normativa del Parlamento, da cui, in via ordinaria, prende le mosse il percorso delle funzioni pubbliche dello Stato di diritto³⁷.

³⁶ L’espressione fa riferimento alla nota impostazione di Teubner, G., *Il diritto come sistema autopoietico*, Giuffrè, Milano 1996, che prende le mosse dal concetto di “*diritto riflessivo*”, un sistema giuridico basato, appunto, su interventi regolativi diretti da parte dello Stato, rivolti essenzialmente a predisporre cornici legislative di mezzi e strumenti per inquadrare la dialettica tra sistemi e sottosistemi sociali. Le istanze che emergono dalle dinamiche di incontro e scontro tra i molteplici sottosistemi della società sono, quindi, recepite dal diritto che rappresenta e inquadra le regolarità prodotte dalle interazioni sociali; in una prospettiva transnazionale, ID., *Costituzionalismo della società transnazionale. Relazione al XXVIII Convegno annuale dell’AIC*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, 1 ss.

³⁷ Bognetti, G., *La divisione dei poteri*, cit., 83 ss.

Pur tenendo conto del fatto che dal medesimo disegno costituzionale possono riconoscersi dei margini di competenza normativa riservati all'Amministrazione (artt. 5, 33, 97 Cost.), l'odierno aspetto delle Autorità non si presta bene ad esser rappresentato in termini di semplice attuazione o esecuzione di scelte legislative.

Piuttosto, il confine del principio di autonomia si colloca ben al di là della semplice potestà di autorganizzazione; ciò in ragione del riconoscimento del nesso di reciprocità sussistente tra l'assetto organizzatorio e le modalità di definizione e di reale raggiungimento di finalità pubbliche, sempre più stentatamente riassumibili in sede parlamentare.

Altresì, la dottrina ha anche rilevato che la reale attuazione di taluni valori costituzionali richiede non tanto l'intermediazione del Legislatore, quanto, invece, una regolare attività di regolazione e attribuzione, che, in un contesto di velocissimi cambiamenti spinti dal continuo sviluppo scientifico e tecnologico, nonché dal confronto delle economie integrate, sia capace di conservare le differenti libertà costituzionali in un equilibrio dinamico, basato sulla capacità di assimilare le innovazioni, senza travolgere i valori indisponibili³⁸.

Queste considerazioni vanno riflettendosi proprio nell'accrescimento, anche nel nostro ordinamento, delle agenzie indipendenti in quei settori considerati "sensibili", perché caratterizzati da *"un deficit d'efficacia che mette in discussione le modalità più elementari di esercizio del potere pubblico"*³⁹.

³⁸ Cfr., D'Atena, A., *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cast.*, 1997, 3081 ss.; Barbera A., Coccozza F., Corso G., *La libertà dei singoli e delle formazioni sociali*, in Amato G., Barbera A., *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna 1997, I, 239; nonché, Merusi, F., *Eguaglianza e legalità nelle autorità amministrative indipendenti*, cit., 11 ss. del testo dattiloscritto, 1, 11 ss. In senso critico, Morbidelli, G., *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in Predieri, A. (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, I, Milano 1997, 157 ss.; Manetti, M., *Il Garante della par condicio: potere illegittimo, autorità amministrativa indipendente, o potere dello Stato?*, in Modugno, F. (a cura di), *Par condicio e Costituzione*, Giuffrè, Milano 1997, 98 ss.

³⁹ Morisi, M., *Verso una democrazia delle politiche? Un'angolazione politologica per le autorità "indipendenti" in Italia*, in Predieri, A., *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, cit., 65. Analogamente, Marzona, N., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in Cassese, S., Franchini, C., *I garanti delle regole*, cit., 102, che evidenzia come *"le autorità indipendenti rappresentano i principali strumenti per la costituzionalizzazione o riconduzione al quadro costituzionale (e comunitario) di taluni settori di attività"*; Peres, R., *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 133, la quale osserva che nei settori rimessi alla regolazione delle autorità indipendenti è dato rilevare uno scarto tra il riconoscimento di un diritto o di una libertà e la relativa tutela giurisdizionale, dal momento che quest'ultima, sebbene pur sempre esperibile sotto il profilo formale, risulterebbe comunque *"inefficace sotto il profilo sostanziale"*; D'Atena, A., *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1997, 3081 ss., il quale rileva che i procedimenti che contrassegnano l'attività di regolazione delle autorità indipendenti *"pur non essendo previsti dalla Costituzione, trovano in essa la propria più profonda ragione giustificativa, essendo preordinati a soddisfare esigenze di attuazione costituzionale rispetto alle quali i canali tradizionali sono parzialmente inadeguati"*.

Ebbene, le autorità raffigurano una delle numerose estrinsecazioni del venir meno della centralità della legge del Parlamento, tenuto conto del fatto che, essendo titolari di un plusvalore in termini di conoscenza specializzata in ambiti materiali piuttosto articolati, prendono parte non soltanto all'astratta disposizione della regola, ma anche alla reale determinazione della sua consistenza nella fase applicativa⁴⁰.

In tale panorama, sulla base del carattere strumentale delle autorità rispetto alla garanzia di alcuni principi costituzionali, sono state gettate le basi per la edificazione di veri e propri sistemi di legalità di settore, dove la legge formale, pur conservando una certa libertà sul piano della definizione dell'assetto organizzativo, appare ineluttabilmente ricognitiva di precetti costituzionali o attuativa di indirizzi euro unitari, almeno in merito ai profili teleologici⁴¹.

Sulla base di tali presupposti (stando a un primo orientamento interpretativo) se l'autonomia normativa delle autorità indipendenti si riallacciasse implicitamente alla Costituzione, gli atti all'interno dei quali viene immessa la relativa potestà dovrebbero poter essere identificati come pari ordinati alla fonte legislativa e con questa accordati in virtù del principio di competenza⁴². Comunque, non volendo abbracciare simile estrema soluzione – almeno fino all'inquadramento espresso delle autorità amministrative indipendenti nella Carta fondamentale – può ammettersi che l'attribuzione di compiti di garanzia e regolazione ad istituzioni caratterizzate da elevata specializzazione rivela come il “*mandato in bianco*”⁴³, attribuito dal Parlamento ad altri centri di normazione, costituisca la coscientizzazione “*della incapacità del legislatore di dominare, da solo, il complesso sempre meno decifrabile degli interessi sociali*”⁴⁴. Pertanto, a ciò può farsi risalire il fenomeno della ritrazione del legislatore ordinario dai contesti decisionali coinvolgenti taluni diritti di cittadinanza che il medesimo disegno costituzionale ha inteso salvaguardare da influenze politiche.

⁴⁰ In merito alla commistione di funzioni normative, esecutive e contenziose in capo alle authority, Marzona, N., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, cit., 89, osserva “*come non sia agevole operare delle scissioni, grosso modo ispirate alla tradizionale separazione tra i poteri, nell'ambito di una funzione che, come quella delle singole autorità, appare unitariamente costruita*”; similmente, Morisi, M., *Verso una democrazia delle politiche?*, cit., 40.

⁴¹ Merusi, F., *Eguaglianza e legalità nelle autorità amministrative indipendenti*, cit. 11 s.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ In questi termini, con riferimento al fenomeno esaminato, si esprime Pinelli, C., *Cittadini, responsabilità politica e mercati globali*, in *Riv.dir.cost.*, 1997, 49; ma si veda, altresì, De Vergottini, G., *L'autorità di regolazione dei servizi pubblici*, in *Rass. giur. energ. elettr.*, 1996, 288 s.

⁴⁴ Così, Zagrebelsky G., *Manuale di diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 1992, cit., 159.

Gli elementi tenuti in considerazione danno conto della prosperante torsione del tradizionale modello parlamentare anche dal punto di vista dell'indirizzo politico, che (concepito quale attività diretta alla determinazione delle finalità della politica nazionale e all'identificazione degli strumenti per conseguirli⁴⁵) dovrebbe individuare graduale puntualizzazione lungo un percorso ascendente che dalle scelte del corpo elettorale arriva alla politica del Governo.

Sulla base del disegno costituzionale, il Parlamento, essendo estrinsecazione di rappresentanza generale, dovrebbe in ogni caso restare “*luogo geometrico*”⁴⁶ delle istituzioni costituzionali, assicurando il raccordo permanente tra l'indirizzo politico del Governo e la fonte diretta della sovranità popolare (art. 1 Cost.), sulla scorta dei caratteri tipici della democrazia rappresentativa. Tuttavia, in tale fase anche i meccanismi rappresentativi, diretti a dirigere l'azione degli organi titolari dell'attività di indirizzo politico, appaiono retrocedere dinanzi all'esigenza di raggiungere una celerità decisionale corrispondente alle dinamiche dell'economia globale e delle influenze politico-giuridiche sovranazionali⁴⁷; il che, dal punto di vista organizzatorio, va risolvendosi nella rimessione di integrali settori passibili di regolazione politica all'autorità di “*poteri tecnici*”.

Nella logica sinora portata avanti, viene consumandosi il gap tra i cicli istituzionali dell'indirizzo e della responsabilità politica, connessi alla dimensione cronologica delle normali scadenze elettorali, e gli indirizzi di lungo periodo lasciati alle scelte di istituzioni indipendenti, ma come tali tolte alle regolari procedure del controllo democratico-parlamentare. Allora, sembra che il comune denominatore che riallaccia tanto le manifestazioni devolutive della potestà di normazione primaria, quanto le “spaccature” dei circuiti rappresentativi dell'indirizzo politico, riconduca alla weberiana burocratizzazione dei procedimenti decisionali, come elemento contrassegnante lo Stato contemporaneo, in

⁴⁵ Cfr., Cheli, E., *La sovranità, la funzione di Governo, l'indirizzo politico*, in Amato, G., Barbera, A., *Manuale*, II, cit., 13 ss.

⁴⁶ L'espressione è usata da Manzella, A., *Il Parlamento*, Bologna 1991, 332.

⁴⁷ Il primo fenomeno si risolve in un sempre maggiore impiego, da parte governativa di strumenti atti ad imprimere un indirizzo e un ritmo vincolati all'attività parlamentare; ciò non solo per far acquisire una certa efficacia normativa all'indirizzo politico concordato al momento della votazione della fiducia, ma anche per far fronte alle sempre più frequenti situazioni in cui l'Esecutivo è chiamato a decidere su questioni tecniche con una celerità che non può essere conseguita mediante l'ordinario strumento dell'iniziativa legislativa ad esso accordata (art. 71 Cost.). Dunque, sempre più spesso, dunque, il Parlamento è indotto alla ratifica vincolata di indirizzi precostituiti sulla base della “forza normativa” del fatto compiuto. Nel senso indicato, trovano spiegazione le mutazioni subite da istituti quali la decretazione d'urgenza, la delegazione legislativa, la questione di fiducia, che, secondo una tendenza comune a tutti i Paesi dell'area occidentale, conducono all'emersione sul Parlamento di quella che è stata definita la “centralità del Governo o Potere governante”. Sul punto, diffusamente, Bognetti, G., *La divisione dei poteri*, Milano 1991, 91 ss.

connessione alla complessità sempre più evidente degli interessi che quest'ultimo deve regolare⁴⁸.

Anche coerentemente con il parallelo principio di divisione del lavoro, il fenomeno è andato riflettendosi nella connotazione dell'attività amministrativa in senso tecnico-specialistico⁴⁹, sulla scorta di uno schema reso evidente dal modello costituzionale italiano del 1948, quando la Carta, declinando in principi di organizzazione la legittimazione scaturita dalla obiettività del sapere tecnico-scientifico e dal vincolo di imparzialità, ha mirato a togliere la burocrazia professionale alla “*politicità indotta*”⁵⁰ dagli organi di Governo, titolari, ancora in via esclusiva, delle potestà di indirizzo e di controllo politico.

In ragione di tale schema originario, tuttavia, la razionalità autonoma del sapere specialistico sarebbe stata rapportata nel circuito dei poteri democratici per mezzo della disposizione legislativa degli scopi del potere amministrativo e, quindi, dei parametri normativi in ragione dei quali gli organi di Governo avrebbero esercitato l'attività di indirizzo e controllo. Tuttavia, quando il Parlamento, a causa dell'estrema complessità delle questioni da regolare o per motivi di integrazione economica sovranazionale, rinuncia ad effettuare determinate scelte discrezionali di propria spettanza e, con esse, il connesso bilanciamento degli interessi contrapposti, sembrerebbe venir meno anche l'ultimo momento che va a congiungere la responsabilità politica con il potere sociale dei detentori del sapere specializzato, per cui la sovranità degli esperti in determinati settori appare a taluno finanche “*prevalere sulla sovranità popolare e sulla sovranità parlamentare*”⁵¹.

Pertanto, nel quadro appena tratteggiato il potere politico dei tecnici sembrerebbe circoscritto unicamente da una responsabilità diffusa, tutta interna al relativo ceto professionale, poiché basata esclusivamente sul patrimonio di saperi e informazioni che il medesimo possiede. Tuttavia, la realtà è verosimilmente più articolata e la questione deve

⁴⁸ Sui processi di “burocratizzazione universale”, le lucide, quanto attualissime pagine di Weber, M., *Parlamento e Governo* (1918), Bari-Roma 1993, 23 ss., ma passim; ID., *Economia e società* (1922), Milano 1995. Sull'opera del sociologo tedesco, tra i numerosi contributi, Tuccari, F., *Il pensiero politico di Weber*, Bari 1995, 4 ss., con raccolta di brani antologici.

⁴⁹ Al riguardo, Arcidiacono, L., *Organizzazione pluralistica e strumenti di collegamento. Profili dogmatici*, Milano 1974, 58 ss.

⁵⁰ L'efficace espressione è di Giannini, M.S., *Diritto amministrativo*, Milano 1993, I, 90 ss.

⁵¹ Burns, T.R., Andersen, S., *L'Unione e la politica postparlamentare*, cit., 420 ed ivi, per una più approfondita trattazione del ruolo delle “conoscenze esperte” nelle dinamiche dei moderni processi politici, il rinvio a Thomas, G.M., Meyer, J.W., Ramirez, F., Boli, J. (a cura di), *Institutional Structure: Constituting State, Society and the Individual*, Beverly Hills 1987. Il superamento dello schema delineato dall'art. 95 Cost. in merito alla concatenazione tra Governo-Amministrazione e Parlamento e, dunque, “l'emarginazione del principio di responsabilità”, è puntualmente sottolineato da De Vergottini, G., *L'autorità di regolazione dei servizi pubblici*, cit., 289 ss.

collocarsi nell'ambito evolutivo dello Stato di diritto, in una fase storica dove l'avanzamento tecnologico obbliga a ripensare quelli che sono i caposaldi del diritto pubblico. Come da tempo rilevato, la celerità sempre maggiore delle telecomunicazioni, l'incremento delle fonti di informazione, l'abbattimento delle distanze proprio mediante la rete e tutti i fenomeni di trasformazione politica, sociale ed economica compendati nel riferimento alla c.d. globalizzazione, spingono verso lapalissiane limitazioni della sovranità statale.

Ebbene, si palesa il bisogno di integrare i meccanismi dello Stato democratico-rappresentativo con nuove opportunità di accesso dei cittadini agli ambiti culturali entro cui vengono esercitate frazioni di potere sovrano e, quindi, momenti di decisione politica.

Detto in altre parole, la questione basilare della democrazia contemporanea non sta nella pretesa di riportare tutte le sedi di regolazione di interessi pubblici nell'alveo di una strutturata visione dell'interesse generale e negli indirizzi di politica nazionale espressi nella connessione maggioranza parlamentare-Governo; quanto, invece, nel bisogno di affermare nell'ordinamento una maggiore trasparenza e partecipazione per tutti quegli ambiti che vanno acquisendo "*pubblico interesse*" poiché tutti fondamentali ai processi politici di una comunità attecchita al principio democratico.

Invero, se si ammette che la regolazione degli interessi sociali è sempre più dissolta nei numerosi sottosistemi culturali e tecnici in cui i medesimi interessi trovano scaturigine, la soluzione al problema della partecipazione politica deve essere ricercata nelle formule costituzionali che assicurano il libero accesso all'informazione, anche in merito ai c.d. "*saperi specializzati*", e nei meccanismi di responsabilità di chi detiene potere decisionale politicamente rilevante.

Quindi, preso atto che nell'odierno paradigma delle forme di Stato occidentali i processi di legittimazione del potere si focalizzano sempre meno sulle procedure elettorali e sui meccanismi rappresentativi, andando, invece, a evolvere verso criteri basati sulla razionalità auto-legittimante della conoscenza specialistica⁵², assumono maggiore importanza politica-costituzionale tutte quelle norme della Costituzione che, decretando la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto di informazione (art. 21 Cost.) e la libertà della ricerca scientifica e tecnologica (art. 33 Cost.), contengono una regola di astensione

⁵² Su questo processo come tappa finale dello sviluppo culturale dell'occidente vale ancora richiamare Schmitt, C., *Neutralizzazioni e spoliticizzazioni* (1929), trad. it., a cura di Miglio, G., Schiera, P., in *Le categorie del politico*, Bologna 1988, 167 ss.

dello Stato rispetto al merito dei percorsi culturali individuali, conservando in capo all'organizzazione pubblica solamente il compito di assicurare a ogni persona le condizioni per una cosciente autodeterminazione⁵³. D'altronde, come già evidenziato da prestigiosa dottrina, alcuni diritti di libertà civile “*per il rilievo collettivo che ne contrassegna l'esercizio*” sono connessi da un nesso funzionale ai diritti più intrinsecamente politici, partecipando con questi allo sviluppo del principio della sovranità popolare⁵⁴.

I poc'anzi menzionati diritti e libertà, garantendo il pluralismo “culturale”, assicurano anche la circolarità del potere indipendentemente dalla possibilità di andare a implementare i classici meccanismi della responsabilità politica istituzionale⁵⁵. I medesimi, infatti, valgono a sorreggere le imputazioni di “*responsabilità politiche diffuse*” verso i nuovi centri di autorità “pubblica” (come le *Authority*), predisponendo le condizioni strutturali, affinché, quantomeno in senso astratto, ogni individuo e, in maniera strutturata, le forme associative che uniscono *stakeholder* omogenei, possano porre in essere una valutazione critica in ordine ai processi decisionali delle istituzioni o degli organi “indipendenti” in cui risulta ormai dispersa la sovranità, al fine di condizionarne l'operato, ovvero, al limite, cooperando a realizzare le condizioni affinché possa determinarsi un ricambio negli indirizzi del soggetto regolatore.

A questa conclusione potrebbe confutarsi come il complesso delle responsabilità politiche diffuse non valga, di per sé, a riempire, in termini di piena legittimazione democratica, i vuoti di potere politico che scampano a qualsiasi forma di responsabilità istituzionale; non fosse altro perché la mera valutazione critica non assicura la rimozione del soggetto “responsabile”.

⁵³ Cheli, E., *Informazione, decisione politica, controllo sociale: spunti per un'analisi comparata*, in *Dir.inf.*, 1987, 81 ss.

⁵⁴ V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (Note preliminari)*, in *Studi in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, Cedam, Padova 1985; ora in ID., *Stato, Popolo e Governo*, Milano 1985, 127 ss., ma passim. Nel contesto politico- giuridico americano (cfr. DAHL, A.R., *Poliarchy*, New Haven - London 1971, 3 ss.), anche sulla scorta della giurisprudenza della Corte Suprema, il concetto medesimo di forma di governo repubblicana è strettamente correlato al riconoscimento di posizioni o libertà privilegiate (*preferred position*) convergenti con le libertà personale, di manifestazione del pensiero, di voto, di associazione e di riunione, con il diritto all'informazione, con l'eguaglianza quali “*condizioni di possibilità*” della democrazia pluralista, comprimibili, dunque, soltanto di fronte ad interessi pubblici a carattere assolutamente stringente (*compelling interests*): sul punto, diffusamente, Baldassarre, A., *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, Roma 1989, ora in ID., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997, 16 ss., 38 ss.

⁵⁵ Cheli, E., *Informazione, decisione politica, controllo sociale*, cit., 814, dove si mette in evidenza come “*tutta la vita delle democrazie contemporanee appare caratterizzata da questo complesso di flussi informativi, dalla società verso lo Stato e dallo Stato verso la società (...) che condizionano tanto la decisione politica quanto il controllo sociale*”.

Nondimeno, questo rilievo non sembra determinante, innanzitutto per motivi concernenti la consistenza medesima della responsabilità politica “diffusa”; secondariamente, per la possibilità di individuare, in ogni caso, strumenti costituzionali che, reinterpretati sulla scorta delle considerazioni appena fatte, possono cooperare all’emersione delle responsabilità pubbliche e all’implementazione di una serie di meccanismi di garanzia costituzionale idonei alle circostanze che si mostrano.

Relativamente al primo aspetto deve certamente osservarsi come un certo livello di “incertezza” sulla sanzione vada accomunando ogni forma di responsabilità politica, sia “istituzionale” sia “diffusa”. Anzi, proprio tale elemento caratterizza nel genere “responsabilità”, la specie “responsabilità politica” da quella “giuridica”⁵⁶.

Per sostenere che in un determinato sistema costituzionale chi detiene fette di potere politico è sottoposto anche alla corrispondente responsabilità, occorre appurare “*che qualcuno eserciti un qualche potere politico*” e che ad altri soggetti sia data la possibilità di criticare il primo affinché muti modo di atteggiarsi oppure che “*venga rimosso dal potere e comunque perda in potere e in influenza*”; invece, non occorre presupporre la sussistenza di meccanismi istituzionali di razionalizzazione della responsabilità, né una connessione certa tra “imputazione” e “sanzione” politica sotto forma di rimozione⁵⁷.

Ebbene, anche le istituzioni non rappresentative, una volta accertato il loro rilievo politico e assicurata la trasparenza dei procedimenti decisionali, possono essere ritenute politicamente responsabili, almeno in termini “diffusi”, nella misura in cui l’informazione sui percorsi decisionali renda possibile la formazione di giudizi di valore da parte dell’opinione pubblica⁵⁸. Al contrario, la cognizione circa il fatto di dover dare “*pubblico conto*” del proprio operato, con conseguenze certe almeno dal punto di vista c.d. reputazionale, entra a far parte degli elementi che sono in grado di influenzare ogni deliberazione di rilievo non intrinsecamente privato, realizzando, così, quel condizionamento sugli organi titolari di competenze che risponde adeguatamente ad uno dei requisiti della definizione generale della responsabilità politica.

⁵⁶ Rescigno, G.U., *Responsabilità (diritto costituzionale)*, in Enc.dir., XXXIX, Milano 1988, 1343.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Cheli, E., *Informazione, decisione politica, controllo sociale*, cit., 818, che pone in risalto come il “diritto di accesso” raffiguri l’espletamento del più generale “diritto all’informazione”, proclamato nella Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948 (art. 19), nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo del 1950 (art. 10), nonché in alcune costituzioni europee, quali il Grundgesetz della RFT (art. 5) e la Costituzione spagnola del 1978 (art. 20).

Quanto detto rappresenta un patrimonio ormai acquisito all'esperienza costituzionale contemporanea. Infatti, può rammentarsi sia come il processo di democratizzazione sia andato accompagnandosi alla graduale affermazione del principio di trasparenza dell'Amministrazione e dell'accesso dei cittadini al procedimento amministrativo (art. 97 Cost.; l. n. 241 del 1990)⁵⁹, ma anche al tendenziale superamento dell'impostazione in ragione del quale l'apporto individuale alla decisione degli organi collegiali doveva disperdersi nell'anonimato, scaturente dall'imputazione esclusiva degli atti alla Persona statale⁶⁰.

In merito a quest'ultimo profilo, considerando l'autorità giurisdizionale come l'archetipo paradigmatico di tutti i centri di potere pubblico contraddistinti da una posizione di autonomia dai circuiti della responsabilità politica istituzionale, dall'affermazione che “*la giustizia è amministrata in nome del Popolo*” (art. 101 Cost.), nonché dall'obbligo di motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali (art. 111 Cost.), può senza dubbio ricavarsi la conclusione secondo la quale anche gli organi la cui principale caratterizzazione si riallaccia ai principi di autonomia e di indipendenza (art. 104 Cost.), non espletano il loro ruolo saltando nello Stato-apparato, ponendosi, invece, in costante connessione con la comunità statale e prestandosi alle richiamate imputazioni di responsabilità diffusa da parte dell'opinione pubblica⁶¹. A questo riguardo, si è parlato di un “*orizzonte di attesa*” (*Erwartungshorizont*) costituito dallo sfondo culturale della comunità destinataria dell'attività espletata, ovvero dall'ambito generale entro il quale dovrebbero operare anche le autorità cui è assicurata una posizione di indipendenza⁶². Pertanto, queste ultime possono considerarsi “rappresentative” in senso istituzionale⁶³ se “*agiscono non in nome e per conto proprio, ma in forza di un munus pubblico*”,

⁵⁹ Sulla più recente diffusione del principio di trasparenza si vedano i contributi raccolti in Natalini, A., Vesperini, G. (a cura di), *Il Big Bang della trasparenza*, Napoli 2015, 11 ss.; nonché, Nicotra, I., *Le funzioni dell'ANAC tra cultura della trasparenza e prevenzione della corruzione*, in Cantone, R., Merloni, F. (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, Torino 2015, 72 ss.; ID., *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale*, in *Federalismi*, n. 11, 2015, 2 ss.

⁶⁰ Con puntuale riferimento alla connessione tra obbligo di motivazione e controllo diffuso dell'opinione pubblica sull'amministrazione della giustizia, Bartole, S., *Il potere giudiziario*, in Amato, G., Barbera, A., *Manuale*, cit., II, 445.

⁶¹ In questo senso, Manzella, A., *Osservazioni sui controlli parlamentari*, in AA.VV., *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente - Aspetti del sistema costituzionale*, Firenze 1969, 348.

⁶² Zagrebelsky, G., *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, 44 ss.

⁶³ Su tale nozione di “rappresentanza”, non necessariamente scaturente da criteri di collegamento di tipo elettorale e, invece, intimamente connessa alle ragioni fondative e ai caratteri delle istituzioni cui, di volta in volta, si riferisce, V. Zangara, *La rappresentanza istituzionale*, Cedam, Padova, 1952, 37 ss., 299 ss., ma passim.

conservando la loro legittimazione politica solamente fin quando proseguino a “rappresentare” i valori e gli interessi costituzionali cui si riconnette la medesima posizione di indipendenza, che ne raffigura il punto qualificante⁶⁴.

4. La creazione dell'ANAC tra funzioni di prevenzione e *soft regulation*

Le considerazioni che finora sono state scritte riflettono, in maniera paradigmatica, nella struttura e nelle funzioni della nuova Autorità Nazionale Anticorruzione, la quale, a cominciare dal d.l. 90 del 2014 (convertito poi con legge n. 114 del 2014), ha assunto la fattezza dell'Autorità amministrativa indipendente⁶⁵, con una vasta quantità di competenze.

Deve evidenziarsi come il processo che ha spinto verso l'assetto attuale prenda le mosse in tempi remoti, riallacciandosi al bisogno di ossequiare determinati obblighi internazionali assunti dalla Repubblica Italiana con la firma della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione del 1997 (ratificata con l. 29 settembre 2000, n. 300), della Convenzione del Consiglio d'Europa per il contrasto della corruzione, approvata a Strasburgo il 27 gennaio 1999 (ratificata con l. 28 settembre 2012, n. 110), nonché della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (UNCAC), adottata dall'Assemblea generale dell'Onu il 31 ottobre 2003 (ratificata con l. 3 agosto 2009, n. 116)⁶⁶.

Su tale percorso, con il D.P.R. 6 ottobre 2004, n. 258 fu istituito un *Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella p.a.* con funzioni, tuttavia, circoscritte alla conoscenza, all'esame, nonché al controllo di procedure contrattuali e di spesa. Invece, l'Alto Commissario non era titolare di funzioni regolatorie, né sanzionatorie, dovendo solamente denunciare all'Autorità giudiziaria e alla Corte dei conti eventuali comportamenti illeciti che aveva nel frattempo rilevato⁶⁷. Successivamente alla rimozione della figura dell'Alto Commissario (che, invero, si palesò anche strumento

⁶⁴ Zagrebelsky, G., *La giustizia costituzionale*, op. cit., 95.

⁶⁵ Cantone, R., Merloni, F. (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., 1 ss.; Sticchi Damiani, S., *I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, in *Il Libro dell'anno del diritto* (2015) - Treccani.it (http://www.treccani.it/enciclopedia/i-nuovi-poteri-dell-autorita-anticorruzione_%28Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/).

⁶⁶ Abbatino, G., Parisi, N., *L'ANAC nel contesto delle relazioni internazionali*, in Cantone, R., Merloni, F. (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., 141 ss.

⁶⁷ Sticchi Damiani, S., *I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, cit.; nonché Sciullo, G., *L'alto commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione*, in Vandelli, L. (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, Milano, 2009, 71 ss.

inadeguato⁶⁸) con il D.P.C.M 5 agosto 2008 fu istituito il *Servizio anticorruzione e trasparenza del Dipartimento della funzione pubblica* (SAET), con compiti di studio ed esame dei fenomeni corruttivi e delle altre forme di illecito diretti alla preparazione di una *Relazione annuale al Parlamento e di un Piano annuale per la trasparenza dell'azione amministrativa*. Anche quest'ultima struttura, carente di qualsivoglia potere sanzionatorio, si manifestò sin troppo poco adeguata a far fronte a un fenomeno così tanto attecchito in Italia⁶⁹; d'altronde, il SAET di certo non rispondeva ai caratteri di autonomia e indipendenza dal potere politico, richiesti, invece, dagli accordi internazionali.

L'iter che avrebbe spinto alla graduale realizzazione di una vera autorità indipendente con funzioni di prevenzione, regolazione e sanzione dei fenomeni di corruzione, quindi, ha preso concreto avvio grazie alla l. n. 190/2012, mediante l'attribuzione alla stessa dei compiti alla preesistente *Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche* (la c.d. CIVIT, in un secondo momento trasformata in ANAC dal d.l. n. 101/2013, convertito con successive modifiche dalla l. n. 125/2913)⁷⁰ e, subito dopo, di quelli già assegnati all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (AVCP), anch'essa poi eliminata e assorbita nell'Autorità Nazionale Anticorruzione (art. 19, I e II co., del d.l. n. 90/2014 convertito con modifiche dalla l. n. 114/2914).

Deve rimarcarsi come il salto di qualità si calcoli, in tale fase, in special modo in termini strutturali, tenuto conto che l'intervento del legislatore è sembrato diretto a riempire il deficit di autonomia e indipendenza che caratterizzava i precedenti organismi. Infatti, a seguito dei menzionati interventi normativi il vertice dell'Autorità è raffigurato dal Consiglio, formato da quattro Consiglieri e dal Presidente, che ricopre un particolare status rispetto ai primi, sulla scorta dei poteri conferitigli, in via esclusiva, come organo monocratico in materia di misure di straordinaria e temporanea gestione delle imprese per fatti corruttivi (art. 32, d.l. 90/2014).

Ai fini dell'inquadramento dell'ANAC nella categoria delle autorità indipendenti assume importanza consistente il procedimento di nomina dei suoi vertici, regolamentato dal d.l. n. 101/2013. A questo riguardo, deve rilevarsi come, anche da tale prospettiva, la figura del

⁶⁸ L'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto alla corruzione fu soppresso con l'art. 68 del d.l. 25.6.2008, n. 112, conv. in l. 6.8.2008, n. 133.

⁶⁹ In argomento si veda già il rapporto predisposto dalla Commissione di studio e proposta nominata dal Presidente della Camera Luciano Violante nel 1996 e composta da Sabino Cassese, Arcidiacono, Luigi e Pizzorno, Alessandro (il rapporto è pubblicato in Cassese, S. (a cura di), *La lotta alla corruzione*, Roma-Bari 1999).

⁷⁰ La c.d. CIVIT era stata istituita con l'art. 13 del d.lgs. 27.10.2009, n. 150.

Presidente assuma una posizione particolare, essendo nominato su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, di concerto con i Ministri dell'interno e della giustizia, mentre la nomina dei Consiglieri prende avvio in base alla proposta del solo Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione⁷¹. Altresì, il procedimento dispone la deliberazione del Consiglio dei ministri e il parere favorevole, con maggioranza dei due terzi, delle competenti Commissioni parlamentari e termina con il decreto di nomina del Presidente della Repubblica.

La garanzia di indipendenza dei vertici dell'ANAC si palesa anche nella previsione dei requisiti soggettivi; infatti, sia il Presidente che i Consiglieri devono essere non solo “*esperti di elevata professionalità, anche estranei all'amministrazione, con comprovate competenze*”, ma, allo stesso tempo, soggetti ai quali sia riconosciuta “*notoria indipendenza e comprovata esperienza in materia di contrasto alla corruzione*”. Mediante la previsione di tali requisiti ulteriori è stato circoscritto il potere discrezionale del Governo e del Parlamento nell'attività di scelta dei soggetti da anteporre al vertice dell'Autorità, ancorando la selezione dei vertici ai compiti e alle funzioni conferite alla stessa ed estendendo, quindi, i margini di controllo esercitabili dal Presidente della Repubblica in sede di emanazione del decreto di nomina.

Dunque, appare chiaro come tutta la procedura tenda a garantire che l'esercizio del potere di scelta dei componenti sia esercitato entro i severi parametri qualitativi decretati dal legislatore, atteso che la scelta del Governo potrebbe essere arrestata sia dal voto negativo delle Commissioni parlamentari, sia dal Presidente della Repubblica, almeno in tutte quelle ipotesi in cui si palesi una evidente mancanza di presupposti in capo ai soggetti riceventi la proposta di nomina⁷².

Ulteriore baluardo di indipendenza di coloro che compongono l'Autorità può individuarsi, inoltre, nella durata del loro mandato la quale, essendo stabilita in un arco temporale di sei anni, valica la scadenza della legislatura e, dunque (unitamente al divieto di rielezione nella medesima o in altre *authority*) vale a indebolire notevolmente eventuali tentativi di condizionamento da parte del potere politico. Tuttavia, il legislatore, a seguito degli interventi che hanno reso l'ANAC una vera e propria autorità indipendente in termini organizzativi e strutturali, è intervenuto anche sul piano funzionale, nel momento in cui,

⁷¹ Titomanlio, R., *Autonomia e indipendenza delle Authorities: profili organizzativi*, Milano, 2000, 319 ss.

⁷² Cossu, L., *Autorità indipendenti: questioni aperte e soluzioni nuove?*, in Studi in memoria di Caianiello, Vincenzo, Napoli, 2008, 197 ss.; nonché Sticchi Damiani, S., *I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, cit.

con il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito in l. 11 agosto 2014, n. 114, ha assegnato all'Autorità anticorruzione quei poteri sanzionatori, la cui assenza aveva contribuito a rendere inefficaci i precedenti organismi.

Pertanto, all'ANAC, seguendo un indirizzo che mira principalmente a raggruppare le competenze connesse in un solo organo specializzato, è stato assegnato un ampio spettro di compiti, con funzioni di prevenzione, vigilanza, regolazione e sanzione in materia di trasparenza, contrasto della corruzione e contratti pubblici; compiti che devono essere esercitati sulla base dello schema tipico delle Autorità amministrative indipendenti, con poteri amministrativi, ma anche normativi e para-giurisdizionali. Viceversa, sempre nella prospettiva di concentrazione organica delle competenze, le funzioni in un primo momento affidate alla CIVIT in materia di controllo delle *performance* delle PP.AA. sono state trasferite al Dipartimento della Funzione pubblica.

Tale concentrazione di competenze e funzioni rappresenta estrinsecazione di un disegno razionale, diretto a garantire una policy del settore amministrato con peculiarità di organicità, competenza, partecipazione degli stakeholder qualificati ed elasticità, ossia capacità di veloce adattamento della disciplina regolatoria ai cambiamenti dell'ambito di riferimento. La medesima concentrazione, chiaramente, va ad amplificare le già richiamate torsioni rispetto ai tradizionali principi dello Stato di diritto e tra questi, in primis, la separazione dei poteri (e delle funzioni) e la responsabilità politica. Tuttavia, l'ordinamento ha provveduto a sviluppare una serie di meccanismi istituzionali che valgono a riempire il vuoto, per mezzo di nuovi canali di partecipazione civica e differenti prospettive di responsabilità, in senso lato, politica.

Relativamente al primo profilo si deve ritenere che l'ANAC abbia quale scopo precipuo quello di impegnarsi nella lotta contro l'illegalità e la corruzione nella P.A.; scopo questo che va riallacciandosi direttamente ai fondamentali principi costituzionali di buon andamento e imparzialità della P.A. (art. 97 Cost.), ma anche a quello di eguaglianza (art. 3 Cost.), atteso che illegalità e corruzione non rendono possibile a cittadini e imprese di accedere, in condizioni ugualitarie, a determinati beni-interesse connessi all'esercizio di funzioni o all'erogazione di prestazioni di competenza della P.A.⁷³ Invero, tutte le competenze e funzioni in materia di incompatibilità e inconfiribilità, prevenzione della

⁷³ Nei termini riferiti, Paterniti, F., *La tutela preventiva dell'imparzialità della pubblica amministrazione nella nuova normativa anticorruzione*, in Nicotra, I. (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino 2016, 91 ss.

corruzione, trasparenza e regolazione in materia di contratti pubblici devono leggersi come strumentali alla garanzia del macro-interesse, di rilievo costituzionale, alla legalità della P.A.⁷⁴. Proprio lo scopo di rendere maggiormente organica la “politica anticorruzione”, ma anche facilmente avvertibile la stessa nei riguardi dei cittadini e degli operatori, si pone, verosimilmente, alla radice di quella apparente concentrazione di compiti e funzioni in capo all’ANAC, che ne fanno ormai un caso esemplare e unico nella modellistica delle *authority* regolamentate dal nostro ordinamento.

Da questa prospettiva le questioni già poste relativamente alle altre Autorità in merito al principio di separazione dei poteri e alla legittimazione delle medesima dalla prospettiva della democraticità, responsabilità e c.d. *accountability* possono svilupparsi in maniera paradigmatica. Quindi, se è vero che l’Autorità anticorruzione regola, controlla, punisce e giudica⁷⁵; è allo stesso modo vero che tale articolato circuito di funzioni è attribuito con la previsione di meccanismi partecipativi e di controllo che rappresentano un modello sperimentale di legittimazione dal basso, che va ad affiancarsi a quella tradizionale della democrazia rappresentativa. Ciò è sicuramente vero in riferimento a tutte le competenze esercitate dall’Autorità. Infatti, già in termini intrinsecamente amministrativi le funzioni di vigilanza e sanzione, sia in materia di trasparenza sia di anticorruzione, oltretutto in quella di contratti pubblici, sono esercitate nel totale ossequio dei principi di partecipazione, contraddittorio e leale collaborazione tra vigilante e vigilato; ebbene, nel panorama dei principi che, a cominciare dalla l. n. 241/1990, hanno segnato tutti i rami dell’amministrazione e, in special modo, i rapporti tra cittadini e P.A., ma anche tra istituzioni e organi pubblici. Tuttavia, ciò che in maggior misura evidenzia una svolta in termini partecipativi sono le modalità di esercizio di importanti competenze normative, para-normative o di c.d. *soft regulation* esercitate dall’Autorità in tutti i settori attribuiti alla sua cura. Infatti, se il legislatore ha attribuito all’ANAC la competenza a adottare “*linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati*” in materia di contratti (art. 213, II co., d.lgs. n. 50/2016), ma anche di anticorruzione (art. 19, XV co., d.lgs. n. 90/2014) e trasparenza (D. Lgs. 33/2016, come modificato e integrato dal D. Lgs. n. 97/2016), l’adozione degli stessi si espleta sulla scorta di modalità dirette a sostituire quella legittimazione dal basso, che, sia anche in via indiretta, caratterizza invece la funzione normativa di secondo grado esercitata

⁷⁴ D’Alterio, E., *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l’ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4, 2016, 500.

⁷⁵ D’Alterio, E., *Regolare, vigilare, punire, giudicare*, cit., 500 ss.

dall'Esecutivo e che si esprime nel vincolo scaturente dal principio di legalità in senso sostanziale. In tal modo, all'evidente flessione di tale ultimo canone dello Stato di diritto, nell'esercizio dell'attività para-normativa dell'Autorità corrisponde un chiaro consolidamento degli oneri espressivi di “*legalità procedimentale*”.

A tale riguardo appare assai significativo l'obbligo di sottoporre le bozze delle delibere regolatorie ad una preventiva consultazione tra gli stakeholder coinvolti (art. 213, II co., D. Lgs. n. 50/2016), i quali in tal modo potranno prendere parte al processo di formazione dell'atto finale, decidendone l'arricchimento sotto i profili contenutistici, istruttori e motivazionali ⁷⁶.

Inoltre, deve evidenziarsi come le richiamate garanzie procedimentali si rispecchino anche in una maggiore facilità di adattamento o correzione degli atti regolatori, anche su insistenza dei richiamati stakeholder qualificati.

Invero, l'Autorità, mediante la previsione di analisi di impatto della regolazione (AIR) e delle verifiche di impatto della regolazione (VIR), conserva aperto il circuito regolatorio, potendo intervenire in maniera assolutamente tempestiva nel caso in cui nei settori di riferimento si palesi l'esigenza di un aggiuntivo intervento nella materia (ancora, art. 213, II co., d.lgs. n. 50/2016). Altresì, le linee guida, stando a una buona prassi collaborativa e al di fuori di qualunque obbligo legale, sono sottoposte all'attività consultiva del Consiglio di Stato, il quale accetta di esprimersi proprio in ragione dell'impatto *erga omnes* degli atti regolatori e delle questioni che negli stessi vengono affrontate ⁷⁷.

D'altra parte, proprio il principio di leale collaborazione delinea tutta l'attività dell'Autorità anticorruzione che, essendo il perno di una organica *policy* di settore, trattiene una intensa rete di scambi operativi, regolati da precisi protocolli d'intesa, con gli altri poteri pubblici che, in diversa misura, intrecciano le competenze con quelle dell'ANAC ⁷⁸. Altresì, il legislatore, sempre con lo scopo di accrescere sempre più la circolarità informativa e la condivisione dell'attività regolatoria, mediante la disposizione appena richiamata, ha disposto che l'ANAC provveda a trasmettere alle Camere, subito dopo la loro adozione, gli atti più importanti dal punto di vista dell'impatto sul settore regolato.

⁷⁶ Cfr., Consiglio di Stato, Parere 1° aprile 2016, n. 00855/2016, 40.

⁷⁷ Ancora, Consiglio di Stato, Parere 1° aprile 2016, n. 00855/2016, 41.

⁷⁸ Si veda, in proposito, la Relazione annuale al Parlamento dell'ANAC presentata al Senato della Repubblica il 14 luglio 2016, 37 ss.

Tale onere rappresenta un altro importante tassello di quella attività di informativa, che, dal punto di vista della menzionata leale collaborazione tra poteri pubblici, vale a incoraggiare in maggior misura una valutazione parlamentare delle politiche di settore attuate dall’Autorità, nonché la loro eventuale integrazione con l’adozione di atti legislativi che dovessero apparire idonei⁷⁹.

D’altronde, il rapporto istituzionale con le Assemblee rappresentative, che va articolandosi attraverso le attività di segnalazione, le audizioni davanti alle competenti Commissioni parlamentari e l’attività di referto annuale, vale a perfezionare quel dovere consistente nel “*render publico conto*”, che è essenziale anche e in special modo per un’Autorità la cui legittimazione si attecchisce nelle competenze specialistiche dei suoi vertici⁸⁰.

5. La natura giuridica delle autorità indipendenti e peculiarità

Prima di delineare la natura e le peculiarità delle autorità di cui si discorre in tale lavoro, occorre tratteggiarle prendendo le mosse da una accezione etimologica della loro denominazione.

A seguito dell’istituzione delle autorità indipendenti, come già detto nelle pagine che hanno preceduto tale paragrafo, sono stati superati quelli che erano i tradizionali dettami montesquiani inerenti al concetto di separazione dei poteri ed alla concezione piramidale dello Stato.

Naturalmente, la loro istituzione non presuppone la nascita di un c.d. quarto potere nell’ordinamento, tuttavia, le autorità devono intendersi come sinonimo di ente pubblico, ossia di organismi muniti di un potere di natura pubblicistica oltre che di un rilevante spazio di azione e di discrezionalità.

Nel nostro ordinamento non esiste alcun tipo di legge che provveda alla disciplina degli aspetti peculiari e comuni delle autorità, o che dia una puntuale definizione di esse. Infatti, il legislatore italiano⁸¹ non ha mai fornito una qualificazione espressa o diretta a tali autorità

⁷⁹ Giuffrè F., *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell’Autorità Nazionale Anticorruzione*, in http://www.digiec.unirc.it/documentazione/materiale_didattico/697_2017_1376_27839.pdf

⁸⁰ Sul dovere di rendere pubblico conto, già Ottaviano, V., *Dovere di rendere pubblico conto, responsabilità dei dirigenti e determinazioni di indirizzi e programmi*, in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano 1992, 385.

⁸¹ Differentemente in Francia, la paternità della nozione spetta al legislatore il quale, con legge n. 78-17 del 6 gennaio 1978 ha istituito la prima autorità amministrativa indipendente la Commission nationale de l’informatique et des libertés (CNIL) che, come riporta il sito ufficiale: Créée en 1978 par la loi Informatique

bensì si è unicamente limitato a introdurre (come per il caso delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità⁸²) tra le loro principali peculiarità, i requisiti di totale autonomia e indipendenza di giudizio e di valutazione.

Prima ancora di rimarcare quelle che sono le loro primarie caratteristiche, occorre ancora dedicare spazio alla loro natura ed a quale *genus* possano essere puntualmente ricondotte.

La *vexata quaestio* di simile analisi concerne il loro potersi annoverare o meno nell'ambito dei soggetti amministrativi. Relativamente a tale questione, sono andati erigendosi tre indirizzi diversi.

1. Il primo, le contraddistingue per una natura di tipo giurisdizionale. Tale teoria, trae spunto dal loro carattere di indipendenza rispetto al potere politico andandole ad equiparare alla magistratura. Le autorità assolvono ad una funzione di regolamentazione e di salvaguardia di interessi collettivi in ambiti di vita sociale dove il bilanciamento dei differenti interessi in gioco si palesi piuttosto delicato, funzione definita come tutoria.

Questa fondamentale funzione di indipendenza, raffigura la *nota conditio sine qua non*, affinché le funzioni di garanzia e di tutela di tali interessi, venga concretamente ottemperata. A rafforzamento di simile tesi, deve aggiungersi come sovente, dinanzi alle medesime autorità, possa instaurarsi un procedimento di tipo giurisdizionale, analogo a quello che si realizza di fronte ai medesimi organi giudiziari. Tuttavia, un evidente intralcio a questa tesi giunge proprio la Costituzione, la fonte primaria dell'ordinamento italiano.

Al suo interno vi è un preciso articolo, il 102⁸³, co. 2, che impedisce di considerare le autorità indipendenti come un organo di natura giurisdizionale. Quindi, al momento, tale teoria sembra non essere fedele col quadro giuridico-costituzionale presente nel nostro ordinamento⁸⁴.

2. Il secondo orientamento, ovvero, quello predominante e maggioritario, le qualifica con una natura di tipo amministrativo.

et Libertés, la CNIL est une autorité administrative indépendante, composée d'un Collège de 18 membres et d'une équipe d'agents contractuels de l'Etat, in, www.cnil.fr

⁸² Istituite con legge n. 481 del 14 novembre 1995: Art. 2, cm. 5, le Autorità operano in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione, in www.gazzettaufficiale.it

⁸³ Art. 102, co. 2, Cost. non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali.

⁸⁴ Borsellino D., *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale. Dal difensore civico alla tutela del risparmio*, Cedam, Padova, 2007, pp. 27 ss.

Essa, si focalizza specificamente su due prospettive principali.

Una di tipo restrittivo, ossia sulla totale assenza di un loro richiamo nella Carta costituzionale; l'altra, sul loro carattere funzionale, prerogativa basilare di ogni amministrazione pubblica. Sulla scorta di tale ultimo punto, deve appurarsi quale tipologia di funzioni siano ad esse assegnate, al fine di poter stabilire se siano o meno demandate all'espletamento di attività amministrative, la cui cura principale resta in ogni caso l'interesse pubblico, l'interesse generale della collettività⁸⁵.

3. Infine, il terzo indirizzo, le qualifica come un *tertium genus*, una nuova forma di potere. Questa impostazione intende le autorità come una figura innovativa, una sorta di *tertium genus* che individuerrebbe la propria legittimazione in quanto concepite come un modello di amministrazione comunitaria e quindi sovraordinate rispetto al modello di pubblica amministrazione statale⁸⁶.

Una volta che è stata determinata la natura delle sopraindicate autorità, al fine di fornire loro un inquadramento più concreto, occorre chiosare quelle che sono le loro principali caratteristiche.

Per questo motivo, pur in difetto di chiari riferimenti costituzionali⁸⁷ o di un qualsiasi tipo di quadro normativo di riferimento che ne regolamenti gli aspetti comuni, dopo ormai più di venti anni dall'affiorare delle prime agenzie nel panorama italiano, sembrano ormai essersi rafforzati degli aspetti, comuni e caratterizzanti, tra le diverse autorità amministrative indipendenti.

Queste ultime possono definirsi come enti od organismi pubblici muniti di sostanziale indipendenza dal potere esecutivo e contrassegnate da una autonomia organizzativa, finanziaria e contabile e dall'assenza di controlli dal potere politico. Questa peculiarità si palesa quale importante novità in ambito di organismi amministrativi dal momento che una simile caratteristica era riservata solamente agli organi giurisdizionali o consultivi quali la magistratura ordinaria o amministrativa. Tuttavia, dato che non vi è una legge che ne

⁸⁵ Sgueo G., *Le autorità amministrative indipendenti: genesi, funzioni e ruolo*, in, www.diritto.it, il 14 giugno 2007.

⁸⁶ Borsellino D., *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale. Dal difensore civico alla tutela del risparmio*, Cedam, Padova, 2007, pp. 32 ss.

⁸⁷ Si vuole ricordare che nel 1997, vi fu un tentativo di costituzionalizzare le autorità indipendenti attraverso il progetto di legge costituzionale, riguardante la revisione della parte seconda della Costituzione. Il testo, è risultante dalla pronuncia della Commissione sugli emendamenti presentati ai sensi del comma 5 dell'articolo 2 della legge costituzionale 24 gennaio 1997, n. 1, presieduta da D'Alema, pp 72 ss. 1, le autorità di garanzia, in, www.camera.it

disciplini gli aspetti uniformi, è assai arduo andare a identificare ed enumerare le caratteristiche ricorrenti a tutte le autorità. Nel tempo, però, è andata materializzandosi una base di principi, regole e caratteristiche tipiche che ogni amministrazione indipendente deve avere al fine di poter essere definita tale⁸⁸.

È stato più volte detto come l'elemento distintivo e contraddistinguente delle autorità amministrative, sia l'indipendenza, nel senso di terzietà, neutralità e autonomia. Relativamente ai primi due aspetti, quelli di terzietà e di neutralità, vengono fatte rientrare nell'ambito operativo delle autorità e ne rappresentano il maggiore fondamento e tratto distintivo rispetto alle altre forme di amministrazioni statali. Deve qui rilevarsi un appunto essenziale, l'art. 97 della Costituzione fa leva sul concetto di buon andamento ed imparzialità della P.A.. Tale carattere deve concepirsi in termini orizzontali, quindi di non discriminazione, verso i soggetti implicati dalla sua azione nel raggiungimento degli scopi loro affidati; sia in senso verticale, ovvero atteggiarsi in modo terzo ed imparziale.

Le PP.AA., dunque, devono essere imparziali, nel rispetto del dettato costituzionale, verso gli interessi intercettati i quali devono essere trattati e collocati tutti sul medesimo piano⁸⁹. Tuttavia, non è solamente nel dettato di imparzialità che le autorità devono essere osservate, ma anche sulla scorta del canone di buon andamento che, nella medesima previsione costituzionale, con l'imparzialità di cui sopra, va di pari passo.

Quindi, queste strutture devono costituirsi in maniera tale da agevolare un riscontro di quell'*amministrazione di risultato* che ha raffigurato il vero perno delle più svariate riforme che si sono succedute nel corso degli anni⁹⁰. D'altronde, il carattere di indipendenza di cui sono munite soltanto le autorità amministrative e no, le generiche PP.AA. statali, può ravvisarsi anche nella neutralità. Quest'ultima, si differenzia dalla imparzialità che si rinviene nel dettato costituzionale, dal momento che l'idea di neutralità mostra indifferenza rispetto agli interessi in gioco e, perciò, una posizione equidistante.

Dunque, è lapalissiano come interpretando l'accezione di tali due termini, possa comprendersi come l'imparzialità dell'amministrazione quale caposaldo della Costituzione, non sia compatibile con la neutralità di cui sono dotate le autorità amministrative indipendenti. Le PP.AA., infatti, sono imparziali ma non possono essere neutrali, proprio

⁸⁸ Romano F., *Verso un nuovo modello di amministrazione: le amministrazioni indipendenti*, op. cit. p. 10.

⁸⁹ Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di Fracchia F., Milano, 2016, p. 49.

⁹⁰ Duret P., *Autorità ed Agenzie e l'amministrazione in cammino*, in *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, a cura di di Cavaleri, P., Dalle Vedove, G., Duret, P., Cedam, Padova, 2003, p. 14.

perché il loro scopo precipuo è volto al raggiungimento dell'interesse pubblico, della collettività, il quale, non sempre converge con l'interesse dei singoli⁹¹.

Relativamente a questi due requisiti, le stesse autorità indipendenti sono state definite, in sede ufficiale, come amministrazioni ad elevato tasso di imparzialità. Tuttavia, non si è fatta attendere l'osservazione scrupolosa della dottrina la quale ha osservato che la neutralità raffigurerebbe un aspetto ulteriore della funzione delle autorità indipendenti, dal momento che il carattere neutro dell'attività da esse espletata non starebbe a indicare solamente imparzialità, ma in special modo separazione dai canali della democrazia rappresentativa⁹².

Quanto detto, occorre ora riferirsi all'altro requisito, congenito nel carattere dell'indipendenza ovvero, quello della terzietà. Quest'ultima deve essere concepita come posizione soggettiva *super partes* nei riguardi dei soggetti interessati.

In ragione di simili premesse, deve esaminarsi un'ulteriore caratteristica la quale scaturisce direttamente dal carattere di indipendenza ovvero, la non subordinazione, la mancanza di ingerenze da parte del Governo e, perciò, da parte del medesimo potere politico in merito alle funzioni da esse espletate.

L'esecutivo non ha alcun potere di controllo o di direttiva verso le autorità e ciò in ragione del fatto che il Governo non è gerarchicamente sovraordinato alle amministrazioni indipendenti e non possiede alcun potere di ordine su di esse. Gli unici obblighi⁹³ verso il Governo o il Parlamento consistono nell'informazione e comunicazione. Tutto ciò fa sì che le medesime autorità si pongano fuori dall'alveo applicativo dell'art. 95 della Costituzione secondo cui il Governo è titolare e responsabile di tutte le funzioni amministrative⁹⁴.

La neutralità e la terzietà vengono realizzate e garantite mediante un altro carattere basilare, l'autonomia, ovvero la facoltà di darsi regole proprie per il funzionamento dei propri organi. Altresì, questa funzione è essenziale ai fini dell'assolvimento della loro funzione tutoria, tale da poterla svolgere liberamente da influenze esterne.

⁹¹ Monfreda N., *Le autorità amministrative indipendenti, caratteristiche generali e natura giuridica*, in www.diritto.it, 16 maggio 2005, p. 6.

⁹² De Marco E., *Le funzioni delle autorità indipendenti*, in *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, a cura di Labriola, S., Milano, 1999, p. 132.

⁹³ Una parte della dottrina – Franchini (2002) – ritiene che la previsione dell'obbligo di presentare periodicamente relazioni sull'azione svolta, comporterebbe il riconoscimento agli organi di direzione politica, di un potere di controllo, seppur generico ed atipico, nei confronti delle autorità. Dottrina contraria invece, – Caringella (2000) – sostiene trattasi di mero obbligo di informazione.

⁹⁴ Borsellino D., *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, op. cit. pp. 41 ss.

Dal carattere della autonomia discendono diverse tipologie di corollari, tra i quali:

- autonomia organizzativa: la facoltà di scandire e modificare l'assetto organico dei loro dipendenti. Tale facoltà di potersi organizzare autonomamente, costituisce un tratto prominente della differenza tra le medesime autorità e le altre forme di amministrazioni dato che, mai, la P.A. può decidere in via del tutto autonoma in merito alla propria struttura organizzativa.
- autonomia finanziaria e contabile: relativamente al primo profilo di autonomia, si individua nella possibilità di disporre con libertà di entrate proprie. Per ciò che concerne la forma contabile, si individua nella possibilità di poter autoregolare il proprio bilancio ovvero, adottare autonome regole nella gestione di esso.
- autonomia di nomina: essa si misura specialmente in rapporto alla titolarità del potere di nomina⁹⁵ degli organi di vertice delle autorità, rimarcandone il distacco dal potere politico.

Le leggi istitutive, al fine di assicurarne l'autonomia, dispongono regole e criteri che circoscrivono il potere discrezionale del Governo nella nomina dei titolari degli organi; infatti, possono discernersi quelle autorità che sono tendenzialmente governative – il cui procedimento di nomina stabilisce l'intervento da parte dei Ministri in sede di iniziativa e del Consiglio dei Ministri per la deliberazione finale – e quelle tendenzialmente parlamentari per le quali la nomina degli organi di vertice è lasciata d'intesa alla decisione dei Presidenti delle due Camere⁹⁶.

Una volta inquadrati e tratteggiati i caratteri essenziali e comuni alle autorità amministrative, ci si deve meglio soffermare su una piccola analisi in relazione al loro raccordo a livello Costituzionale. Secondo taluni, il problema sussisterebbe proprio in relazione al carattere di indipendenza di cui esse sono in possesso, indipendenza dal potere politico il quale andrebbe inevitabilmente a scontrarsi con quanto disposto dall'art. 95, co.2, della Costituzione nella parte in cui è disposto esplicitamente che i Ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei ministri e individualmente degli atti dei loro dicasteri.

⁹⁵ Circa la natura dell'atto di nomina, laddove questo spetti al Governo, trattasi di atto di alta amministrazione, invece, laddove la nomina spetti ai presidenti delle due Camere, la dottrina è divisa tra atto di natura politica o di alta amministrazione.

⁹⁶ Romano, F., *Verso un nuovo modello di amministrazione: le amministrazioni indipendenti*, op. cit., pp. 13 ss.

Tuttavia, questa collisione non parrebbe sussistere dal momento che l'art. 95 Cost., è una norma concernente il Governo e non fa alcun riferimento all'organizzazione amministrativa e, pertanto, non andrebbe a colpire una inderogabile regola di indipendenza dell'amministrazione dal Governo⁹⁷.

Del resto, è la Costituzione medesima a prevedere apertamente, unitamente a una concezione dell'amministrazione come apparato dipendente dall'esecutivo (art. 95 Cost.), anche una differente forma di amministrazione, inquadrata come un comparto separato, che deve essere tutelato rispetto alle interferenze del Governo quale organo di rappresentanza politica, *ex art. 97 Cost*⁹⁸.

⁹⁷ Caringella F., *Le amministrazioni indipendenti tra neutralità e paragiurisdizionalità: il problema della copertura costituzionale*, in *Le autorità indipendenti*, op. cit, pp. 61 ss.

⁹⁸ Borsellino, D., *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, op. cit, p. 31.

Capitolo 2

I poteri delle Autorità amministrative indipendenti

1. Il potere sanzionatorio

Una riflessione inerente alla potestà sanzionatoria delle Autorità Amministrative indipendenti nel quadro dei pubblici poteri prende le mosse dalla cognizione circa le specificità che contrassegnano la potestà sanzionatoria di tali autorità. Infatti, il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti deve misurarsi con due tematiche (quella inerente al potere sanzionatorio e quella concernente le autorità indipendenti) le quali, ambedue, muovono da una mancanza di definizioni legislative che incoraggia sempre più la produzione di distanti ricostruzioni teoriche.

Proprio il Consiglio di Stato, facendo fronte alla tematica concernente la potestà sanzionatoria delle autorità indipendenti e del procedimento di irrogazione della rispettiva sanzione, ha evidenziato la “atipicità” dei relativi provvedimenti e la “pluri-articolazione” dei medesimi, effetto principale delle differenti fasi di controllo svolte dalle autorità.

L’irrogazione della sanzione per mano dell’Autorità si colloca, stando al giudice amministrativo, all’ultimo gradino di una serie di seguito compendiata⁹⁹:

- accertamento dei fatti;
- “*contestualizzazione*” della norma;
- confronto del fatto con il parametro come “contestualizzato”;
- applicazione della sanzione.

La fase della “contestualizzazione” ricopre una funzione basilare in quanto si pone a baluardo del settore cui l’Autorità è anteposta in questa fase si palesa come essenziale una precisa individuazione degli elementi costitutivi dell’illecito. Pertanto, la sanzione verrà applicata solamente quando il fatto accertato verrà confrontato con la norma parametro come “contestualizzata”.

⁹⁹ Titomanlio, R., *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Giuffrè, Milano, 2007.

Le sanzioni inflitte dalle Autorità Amministrative Indipendenti possono palesare diverso contenuto (dalla pena pecuniaria alla sospensione di una determinata attività) e se tale funzione sanzionatoria rimarca maggiormente la posizione di imparzialità dell'amministrazione, impone una puntuale attenzione tanto al procedimento di irrogazione della sanzione quanto al giudizio di impugnazione del relativo provvedimento sanzionatorio. Infatti, il procedimento sanzionatorio deve senza dubbio rispecchiare il modello del processo, anche in merito alla prova dell'illecito ed il giudizio che viene iniziato dal soggetto destinatario del provvedimento sanzionatorio deve rendere possibile la valutazione della trasgressione senza l'interferenza del richiamo al potere discrezionale dell'amministrazione. Simili considerazioni hanno trovato avallo nelle varie dottrine nonché nella giurisprudenza amministrativa¹⁰⁰.

2. Concetti giuridici indeterminati

2.1. Premessa

I concetti giuridici a contenuto indeterminato rappresentano un tema cruciale e di permanente attualità degli studi di diritto amministrativo, che va intersecandosi, a sua volta, con quello più ampio e conosciuto della discrezionalità¹⁰¹.

¹⁰⁰ Ad esempio, il Consiglio di Stato ha in parte provveduto ad annullare un provvedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato per violazione del diritto al contraddittorio (Cons. Stato, VI Sez., 30.8.2002, n. 4362) per aver l'autorità antitrust non esattamente indicato nell'ambito della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (CRI) la condotta oggetto di accertamento nel provvedimento finale. Secondo il Consiglio di Stato, dunque, la non esatta contestazione rappresenta, a ragione, violazione del diritto al contraddittorio.

In tale decisione i Giudici di Palazzo Spada, proprio in merito alla quantificazione della pena pecuniaria appoggiandosi sulla modifica apportata all'art. 15 della legge n. 287 del 1990 dall'art. 11, co. 4, della legge n. 57 del 2001, che ha eliminato il minimo edittale (precedentemente fissato nell'1%) e che ha contemporaneamente modificato la base di calcolo della sanzione (sostituendo al fatturato realizzato per il prodotto oggetto dell'intesa, l'intero fatturato dell'impresa), hanno affermato la necessità per l'Autorità antitrust di motivare adeguatamente ed analiticamente il capo del provvedimento contenente la quantificazione della pena pecuniaria irrogata.

Più precisamente il Consiglio di Stato ha dichiarato che l'assenza di un minimo edittale "*impone l'obbligo dell'indicazione di criteri di ordine generale o mediante specifiche e approfondite spiegazioni relative ai singoli casi anche confrontati con le sanzioni già irrogate*".

Si tratta di un'argomentazione senza dubbio condivisibile in cui al riconoscimento della discrezionalità dell'Autorità va a unirsi la demarcazione di un principio diretto a consentire un controllo sulla congruità delle scelte dell'amministrazione anche rispetto alla prassi precedente.

¹⁰¹ Azzariti, G., *Dalla discrezionalità al potere: la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989; Mattarella, B.G., *Discrezionalità amministrativa (voce)* in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da Cassese S., Milano, 2006, 1993 ss.; Presutti, E., *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. It.*, 1910, 10 ss.

La questione riguarda fundamentalmente la demarcazione del perimetro di riserva amministrativa da quella del controllo giurisdizionale¹⁰² andando a investire direttamente il principio di separazione dei poteri connaturato nell'ordinamento.

Invero, i concetti dal contenuto assai vago e non ben definito costituiscono una peculiare tecnica legislativa, attraverso la quale la norma (per poter identificare il fatto produttivo di conseguenze giuridiche) non descrive la fattispecie in modo tassativo ed esauriente, bensì rinvia (per la sussunzione del fatto nell'ambito dell'ipotesi normativa) ad un'attività di integrazione che deve essere compiuta dall'interprete, il quale applicherà le regole non giuridiche (l'economia, l'arte, la storia, e quant'altro).

Così, i concetti giuridici indeterminati ottemperano una funzione preziosa, consistente nel conferire maggiore elasticità e dinamicità all'ordinamento, nel senso che conservano una sua attualità nonostante il trascorrere del tempo¹⁰³.

Tali concetti danno la possibilità alla P.A. di potersi ritagliare un importante spazio decisionale nel quale districarsi agevolmente, determinando ciò che è interesse pubblico nel caso concreto.

Si pensi all'esempio, ripreso dal noto manuale di diritto amministrativo di Sandulli¹⁰⁴, della norma che obbliga il veterinario provinciale, in presenza di *venti capi infetti*, di ordinarne l'abbattimento.

Il veterinario, dinanzi a una tale formulazione della norma, dovrà porre in essere un semplice accertamento tecnico; invece, nel caso in cui la norma stabilisca come presupposto il concretizzarsi di un vero e proprio pericolo per la salute pubblica, il medesimo soggetto riscontrerebbe certamente maggiori ed inevitabili incertezze, che andrebbero traducendosi in un indiscusso potere di valutazione dello stesso.

Gli apparati amministrativi, mediante i concetti giuridici indeterminati, si ritrovano nelle mani un più accentuato potere discrezionale interpretativo, che, come naturale che sia, costituisce una potenziale macchinazione per i cittadini.

A questo riguardo, deve evidenziarsi come l'indeterminatezza della legge raffiguri da sempre il punto sofferente dello Stato di diritto, come tra l'altro è stato dimostrato da tutta

¹⁰² Veneziano, S., *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, disponibile su: <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

¹⁰³ Calamandrei, P., *Opere giuridiche*, VII, Napoli, 1976, 87.

¹⁰⁴ Sandulli, A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 574.

la dottrina giuspubblicistica dell'Ottocento. Infatti, sin da allora, è stato riconosciuto un nesso di consequenzialità tra la soggezione degli apparati amministrativi alla legge e la qualità dei testi normativi: tanto più questi ultimi si palesano in maniera puntuale, determinata e tassativa, quanto più si riduce la quota di riserva amministrativa.

Viceversa, un'eccessiva indeterminatezza della norma scritta dà origine, nei riguardi dei cittadini e delle aziende, al bisogno di maggiori guarentigie e tutele, desumibili unicamente in ambito giurisdizionale. E ciò fu ben rimarcato anche da Silvio Spaventa nel noto discorso di Bergamo, dove venne conferito ampio risalto ai pericoli che possono scaturire da un ricorso sovrabbondante a concetti che

«quasi non mettono alcun limite o condizione e neppure forma all'uso delle facoltà che conferiscono; ma si restringono a indicare semplicemente lo scopo a cui si ha da provvedere, sia un bisogno da soddisfare sia un inconveniente da rimuovere, lasciando all'ufficiale pubblico la scelta dei mezzi per ottenere qualsiasi di questi effetti»¹⁰⁵.

Pertanto, al giudice spetta un compito assai difficile, consistente nel contrastare il regolare fenomeno per cui, di fronte ad una norma indeterminata, siano le determinazioni degli apparati amministrativi a decidere, in concreto, le regole del gioco.

Questa missione, poi, è resa maggiormente impervia dal recepimento, a livello costituzionale (artt. 24 e 113) e legislativo (art. 1 c.p.a.), del principio di effettività e pienezza della tutela.

Col passare del tempo la giurisprudenza italiana ha aperto verso un sindacato di tipo intrinseco sebbene non pieno, attesa la permanenza di un certo grado di condiscendenza e rispetto verso le valutazioni poste in essere dagli apparati burocratici.

Detto in altri termini, il giudice amministrativo, che deve sindacare la ragionevolezza dell'istruttoria e l'affidabilità scientifica del criterio seguito al fine di conseguire quella determinata decisione, non si spinge fino al punto di andare ad accavallare la propria valutazione a quella in un primo momento attuata dall'organo amministrativo, conservando in tal modo inalterata la coerenza del sistema.

La ragion d'essere di un simile atteggiamento prudente può individuarsi nella tradizionale differenza di poteri fra il giudice amministrativo e quello ordinario: quest'ultimo, come risaputo, interviene in una situazione di parità tra le parti, dove nessuna di queste riesce a

¹⁰⁵ Così Spaventa, S., *La giustizia nell'amministrazione e altri scritti*, Napoli, 2006, 30 ss.

imporre all'altra il proprio punto di vista in merito all'applicazione o meno di un concetto indeterminato; invece, nell'ambito del processo amministrativo, si presume che l'apprezzamento sottoposto al sindacato del giudice sia qualificato dall'analiticità istruttoria che dovrebbe precederlo.

2.2. La dottrina germanica e la nascita del dibattito

La discussione inerente ai concetti giuridici indeterminati immerge le proprie radici nella dottrina germanica dell'Ottocento¹⁰⁶, la quale si è palesata piuttosto sensibile allo studio del discutibile rapporto tra legge e riserva amministrativa, in considerazione, in special modo, dell'accentuata differenza di interessi di cui erano portatori, a quel tempo, il potere legislativo e quello esecutivo.

Senza dubbio, si tratta di un assetto a geometria variabile¹⁰⁷, alla cui temporaneità ha peraltro contribuito la dottrina di quell'epoca, che è vacillata tra due diversi indirizzi: da una parte, marcando il carattere originario del potere amministrativo; dall'altra, ridimensionando l'attività amministrativa a semplice attuazione delle disposizioni di legge.

Un primo modello della teoria dei concetti giuridici indeterminati (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) può rinvenirsi nell'opera di Edmund Bernatzik, al quale si deve l'originaria riconduzione dei concetti giuridici indeterminati nel perimetro della discrezionalità. L'A. concepiva il potere discrezionale come sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie normativa astratta (normative *Tatbestand*); un potere che, comunque, non doveva essere illimitato.

La teoria in discorso presuppone che gli apparati amministrativi provvedano ad applicare i concetti giuridici indeterminati nel rispetto del comando generale dell'ordinamento, ovvero nel modo considerato maggiormente conveniente tenuto conto dell'*optimum* generale.

Dunque, si tratta di una tesi soggettiva, che presuppone sia limitato, in capo al funzionario¹⁰⁸, uno spazio di azione entro cui muoversi per poter applicare la norma generica e indeterminata.

¹⁰⁶ Cognetti, S., *Profili sostanziali della legalità amministrativa: indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993.

¹⁰⁷ Ferrara, R., *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Bari, 2005, 37 ss.

¹⁰⁸ Che, pertanto, va inteso alla stregua di persona fisica, e non di ufficio.

Non si tratta di null'altro se non di un espediente volto a escludere che tale margine d'azione possa trascendere nell'arbitrio, dal momento che il limite del raggiungimento del pubblico interesse raffigurerebbe pur sempre un dovere soggettivo. Quest'ultimo non è cristallizzato in un testo normativo, di conseguenza non può lo stesso sottendersi al vaglio di legittimità del giudice amministrativo, ben potendo, tuttavia, rilevare in sede di ricorso gerarchico o in un giudizio penale.

Qualsiasi vizio dell'atto discrezionale rivelerebbe, in via esclusiva, una condotta negligente del funzionario, reo di aver trasgredito l'obbligo di dover perseguire l'*optimum* generale¹⁰⁹.

Ebbene, il postulato di tale dottrina è costituito dalla sottrazione dei concetti giuridici indeterminati al sindacato del giudice amministrativo.

Tale teoria è stata fatta oggetto di crudeli critiche da parte di Friedrich Tezner, senza dubbio uno dei maggiori esponenti di quella parte della dottrina ben conosciuta per aver elaborato il principio dell'unica decisione (o soluzione) giusta.

Stando a tale indirizzo, il principio dell'unica decisione giusta raffigura una conseguenza logica dello Stato di diritto, dove deve ammettersi in linea generale, un controllo integrale del giudice sull'applicazione dei concetti giuridici a contenuto indeterminato.

L'azione amministrativa, come osserva Tezner, risponde ad un principio funzionale che le impone il conseguimento di una serie di interessi pubblici specializzati, astrattamente identificati ed esplicitati per mezzo di concetti giuridici indeterminati. Questi concetti, dal contenuto che può dirsi evanescente devono per forza essere integrati sulla base del criterio del meglio possibile, ovvero di ciò che si reputa costituisca in maniera oggettiva l'*optimum* generale.

Differentemente dalla prima tesi, viene avallata l'oggettività del criterio di applicazione, che a sua volta comporta, nei casi concreti, la sussistenza di un'unica soluzione giusta, sempre giudicabile dal giudice in sede di impugnazione dell'atto discrezionale amministrativo.

In tal modo, emergono sin dall'origine, i due indirizzi che accompagneranno tutta l'evoluzione della teoria dei concetti giuridici indeterminati: da un lato, i concetti giuridici indeterminati come espediente al fine di emancipare un'ulteriore quota di riserva amministrativa; dall'altro, invece, i concetti giuridici indeterminati come semplice *quaestio*

¹⁰⁹ Mortati, C., *Discrezionalità* (voce), Torino, estratto da *Novissimo Digesto Italiano*, 1959, 5.

iuris, che risolve ogni condotta tenuta dalla P.A. in un'attuazione della legge, da cui pertanto deve restare vincolata.

2.3. Discrezionalità libera e vincolante

Poco tempo dopo, si è assistito all'elaborazione, per mano di Rudolf von Laun¹¹⁰, delle categorie di discrezionalità libere (*freies Ermessen*) e di discrezionalità vincolata (*gebundenes Ermessen*), le quali, per certi versi, hanno sicuramente risuonato gli indirizzi sovraesposti.

Il merito di tale teoria si rinviene nell'aver sviluppato la tradizionale dualità tra discrezionalità (*Ermessen*) e vincolatività (*Gesetzsanwendung*), andando a contemperare il principio dell'unica decisione giusta con la sussistenza di un ineliminabile margine di scelta in capo alla P.A.

Segnatamente, la discrezionalità libera sussiste tutte le volte in cui viene conferita agli apparati amministrativi la facoltà di determinare il fine da raggiungere, ovvero il fine immediato (*Zweck*); la legge, in simili casi, si ritrae, limitandosi a disporre il fine mediato, che è sempre un pubblico interesse generale.

In tutti gli altri casi, ci si trova in un'ipotesi di discrezionalità vincolata: anche nel caso in cui residuasse il margine di valutazione in capo alla P.A., si tratterebbe comunque di un mero apprezzamento vincolato.

Pertanto, i concetti giuridici indeterminati verrebbero fatti rientrare nella categoria della discrezionalità legata, atteso che la loro applicazione concreta, sebbene contrassegnata da vasti margini di opinabilità, non può che portare verso un'unica soluzione giusta.

Quantunque l'apparente similitudine fra la discrezionalità vincolata e la più recente discrezionalità tecnica,¹¹¹ queste non devono in alcun modo confondersi: la prima, da una parte, si palesa più ampia in termini quantitativi, andando a comprendere tutte quelle forme in cui non v'è nulla di tecnico; dall'altra, invece, è più circoscritta, in quanto è escluso tutto ciò che implica un semplice accertamento tecnico.

¹¹⁰ von Laun, R., *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Vienna, 1910, passim.

¹¹¹ Cammeo, F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, 195 ss.

2.4. Il duplice significato dei concetti giuridici indeterminati

Tale impostazione è stata, in un secondo momento, sviluppata da Walter Jellinek, il quale, ben conscio dell'intrinseca disomogeneità della categoria dei concetti giuridici indeterminati, ha distinto tra concetti attributivi di potere discrezionale (*unbestimmte Begriffe*) e concetti che vincolano il soggetto vero un approccio semplicemente interpretativo (*unbestimmte Rechtsbegriffe*). Nella prima ipotesi, l'interprete deve eseguire un intervento di ulteriore puntualizzazione, contrassegnato da una importante componente soggettiva e alquanto discutibile, che comporta un giudizio di valore. Invece, nella seconda ipotesi, i concetti trovano agevole applicazione, poiché sono meramente descrittivi o empirici, riferendosi questi ad oggetti o fatti conoscibili solo sulla scorta dell'esperienza, e quindi oggettivamente presenti nella realtà¹¹².

Dunque, si tratterebbe di concetti univocamente determinati in ragione del comune sentire della società (*gesellschaftlich eindeutig bestimmt*), la cui reale applicazione potrebbe lasciare spazio a qualche perplessità solamente in ipotesi estreme, essendo perlopiù risolvibile facendo riferimento alla comune esperienza e scienza.

L'interprete deve distinguere i casi nei quali sussiste l'intenzione del legislatore di conferire un potere di scelta al destinatario della norma da quelli nei quali, viceversa, questa intenzione non sussiste.

E, diversamente da quanto si possa ipotizzare, in particolar modo su un piano meramente astratto e teorico, si tratta di un'operazione non sempre semplice da eseguire, che sul piano pratico implica problemi di ardua risoluzione.

Secondo Jellinek, la volontà del legislatore non sussiste in tutte le ipotesi nelle quali l'imprecisione della norma scritta è agevolmente determinabile mediante l'incontrovertibile applicazione di regole extragiuridiche, alle quali è assegnata efficacia giudiziaria mediante il richiamo, sia pure implicito, effettuato dalla norma.

Invece, nel caso in cui il legislatore abbia inteso conferire un maggiore spazio d'azione alla P.A., spetterebbe a quest'ultima assumere una decisione che, essendo l'unica giuridicamente permessa, non potrebbe essere nota dal giudice, se non nelle rarissime ipotesi di violazione dell'interesse pubblico, da determinarsi con riguardo all'opinione sociale media.

¹¹² Ad esempio, la nozione di «animale domestico».

Tuttavia, il rinvio alla concezione sociale media si palesa adeguato solamente in un ambiente ove il «*gruppo sociologicamente attivo*»¹¹³ si palesi tendenzialmente unitario ed omogeneo, non potendo essere parimenti in un ambiente sociale intrinsecamente spezzettato, quale è quello delle moderne democrazie occidentali.

L'ipotesi che l'opinione media sociale riesca ad adempiere la funzione di completamento e integrazione della norma indeterminata, non in singoli casi, bensì, finanche, in linea generale, è alquanto utopica¹¹⁴.

Per tale ragione, il nocciolo della teoria della doppia accezione dei concetti giuridici indeterminati si palesa in parte fittizio, ed è stato scavalcato dalla dottrina del margine di valutazione.

2.5. Il margine di valutazione come spazio intermedio tra discrezionalità e vincolatività

Negli anni del secondo dopoguerra, l'analisi dei concetti giuridici indeterminati è stata oggetto di una vera e propria svolta: il ritorno ad un regime di legalità e di democrazia ha implicato un impegno al fine di limitare l'alveo discrezionale delle PP.AA., e, quindi, ritratteggiare quelli che sono i tradizionali istituti di garanzia procedurale.

Il riconoscimento dei nuovi diritti sociali, unitamente ai tradizionali diritti di libertà, ha dato origine nei consociati a una prosperante serie di aspettative di prestazione verso la P.A., andando in tal modo a determinare, in ultima istanza, una lapalissiana estensione della sfera pubblica.

In simile ambito, i concetti giuridici indeterminati hanno espletato una funzione di primo piano, consentendo all'autorità amministrativa, incaricata di applicare la legge in una sempre più vasta e multiforme serie di ipotesi, di muoversi in maniera agevole, usufruendo di una certa libertà di valutazione¹¹⁵.

Tuttavia, deve rilevarsi come, sotteso a tutto ciò, vi sia un sostanziale ripensamento del problema della conformazione dell'attività amministrativa della legge.

¹¹³ La critica è di Levi, F., op. cit., 254.

¹¹⁴ Tarello, G., *Diritti, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna 1974, 395.

¹¹⁵ Schmitt, C., *Legalità e legittimità*, in *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, 239.

Fino a quel momento, la subordinazione dei pubblici poteri era da concepirsi in senso formale, nel rispetto della logica liberale per la quale l'autorità pubblica poteva avere a disposizione uno spazio d'azione minimo: il fine del legislatore era quello di circoscrivere il potere pubblico, lo strumento per mezzo del quale perseguirlo era la forma. Infatti, il principio di legalità formale designava uno Stato di leggi, dove la legalità, concepita come corrispondenza alla legge, spadroneggia sulla legittimità, concepita quale corrispondenza allo *ius*¹¹⁶.

Dal punto di vista del controverso rapporto tra legge e amministrazione, tutto ciò vuol dire che l'esercizio del potere amministrativo poteva dirsi fedele al diritto solo laddove fossero state seguite le rigorose procedure comandate dai testi normativi.

Con l'avvento delle costituzioni di valori della seconda metà del Novecento, gli strumenti normativi non si sono limitati più a stabilire quali forme dovessero essere seguite dagli apparati amministrativi, ma si sono spinti più in là, andando a indicare il fine da conseguire.

Tale obiettivo, non potendo essere cristallizzato in un testo di legge, ha avuto bisogno di trovare estrinsecazione in forma generica, per potersi così conformare agevolmente al periodo storico di applicazione della norma.

Si pensi, ad esempio, alle norme programmatiche, che si sono diffuse solo a far tempo dalla Costituzione di Weimar, non senza rilevanti conseguenze sul sistema costituzionale. Infatti, le carte costituzionali si sono a mano a mano trasformate da insieme di limiti e regole del gioco in un vero e proprio arrivo, in un complesso di valori dalla quale «è possibile trarre continuamente ispirazione e orientamento nel compiere le scelte legislative o nell'interpretare e applicare le leggi nuove come le vecchi»¹¹⁷.

Se ciò è vero, è chiaro come tutto ciò sia stato possibile facendo ricorso proprio ai concetti giuridici indeterminati, ovvero a sintagmi di natura valutativa, che, essendo contrassegnati da una forte approssimazione e ambiguità di accezione, permettono alla norma di conservare una sua attualità, che le consente di essere applicata nella maniera più ottimale ai fini del soddisfacimento del pubblico interesse.

¹¹⁶ Zagrebelsky, G., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 98.

¹¹⁷ Onida, V., *L'attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte Costituzionale*, Milano, 1977, 554.

L'arrivo della teoria dei concetti giuridici indeterminati è, pertanto, costituito dall'elaborazione teorica di un basilare e ineliminabile spazio di valutazione, in evidente contrasto con il principio dell'unica soluzione giusta.

Stando a tale dottrina, la P.A., nel momento in cui si trova ad applicare una proposizione normativa in cui sono presenti dei concetti giuridici a contenuto indeterminato, non è mai totalmente libera o vincolata, essendo, al massimo, relativamente l'uno e l'altro.

A questo riguardo, deve rilevarsi come le principali teorie in materia siano state segnate da una stessa ispirazione, che si palesa in due direzioni: in senso negativo, per la critica alla teoria secondo cui vi sarebbe sempre discrezionalità di fronte a concetti giuridici indeterminati; in senso positivo, per l'esame dei problemi riscontrati dalla P.A. al momento dell'applicazione di tali concetti.

Il primo di questi problemi è costituito dalla presenza di un'inevitabile imprecisione di fondo della norma scritta e, più in generale, del discorso giuridico. Infatti, il linguaggio normativo non è gravato solamente delle manchevolezze del linguaggio naturale di cui si serve¹¹⁸, bensì ne presenta di proprie, in quanto il diritto ha bisogno di essere espresso con puntuale elasticità.

Il secondo problema, invece, consiste nella concreta difficoltà del giudice di riuscire a ripercorrere il percorso logico seguito dall'autorità amministrativa al momento della sussunzione del fatto sotto la norma generica e indeterminata.

L'ultima questione consiste nell'oggettiva irripetibilità delle condizioni di fatto dinanzi alle quali maturano i giudizi resi dalla P.A.

Viceversa, le teorie del margine di valutazione si diversificano tra loro per la differente spiegazione che offrono a supporto dell'attività di emancipazione della quota di riserva amministrativa in discorso. la dottrina, infatti, al fine di giustificare la compatibilità dell'impostazione in discorso con i fondamenti dello Stato di diritto, si è impegnata nell'individuare alcuni criteri limitativi di tale fenomeno¹¹⁹: la sua eccezionalità, l'onere di analitica motivazione in capo all'amministrazione e, infine, l'ammissibilità del controllo del giudice entro certi limiti.

¹¹⁸ Eco, U., *Segno*, in *Enciclopedia Filosofica ISEDI*, Milano, 1973, 82.

¹¹⁹ De Pretis, D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 71.

Tornando all'esame del margine di valutazione, deve sottolinearsi come questo si collochi in una posizione intermedia tra la discrezionalità e la vincolatività.

Sul piano processuale, tutto ciò vuol dire che il sindacato giurisdizionale non è del tutto né ammesso né escluso, essendo, anzi, riconosciuto nella stretta misura in cui vengano travalicati quelli che sono i confini di tale spazio immaginario. Tuttavia, tali confini non sono mai stati definiti in maniera idonea e adeguatamente persuasiva, sicché il compito di delimitare in concreto l'estensione del margine di valutazione è da sempre lasciato al *self-restraint* del giudice amministrativo.

In Germania, lo spazio di valutazione è noto come *Beurteilungsspielraum*, e il maggiore contributo in materia è stato offerto da Otto Bachof e Carl Hermann Ule. Secondo il parere del primo, l'area di questo campo di giudizio converge con quella delle perplessità possibili in ordine all'applicabilità della norma indeterminata al caso concreto, perciò l'insindacabilità dell'atto amministrativo da parte del giudice discenderebbe dal carattere soggettivo dell'operazione di sussunzione.

Si scosta di poco, rispetto a quanto appena esposto, la teoria della rappresentabilità (*Vertretbarkeit*) di Carl Hermann Ule, in ragione della quale sono legittime tutte le decisioni amministrative che si posizionino nell'ambito di ciò che è oggettivamente sostenibile.

La dottrina francese ha foggato l'espressione di *délai raisonnable* con lo scopo di indicare quella gamma di soluzioni che si prospettano all'amministrazione nel momento in cui agisca nel rispetto di un vincolo di legge enunciato per mezzo di concetti giuridici indeterminati.

In tutti questi casi, nei quali il dettato legislativo si palesi generico e ambiguo, gli apparati amministrativi si servono di un «*marge de liberté dans le choix des moyens les mieux appropriés à ce but*».

Nei paesi anglosassoni, la discussione è esplosa successivamente al famoso caso Chevron¹²⁰, concernente la sussunzione del concetto di fonte di inquinamento da parte dell'*Environmental Protection Agency* (EPA). La dottrina, prendendo spunto da tale causa, ha elaborato la nozione, accolta dalla successiva giurisprudenza, di *Chevron deference*, in

¹²⁰ Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc., 467 U.S. 837 (1984), 865.

modo tale da indicare l'atteggiamento che devono adottare i giudici verso le decisioni delle agenzie e, pertanto, della P.A.

Se la legge esprime la volontà legislativa in maniera indubbia, il giudice la deve applicare direttamente; invece, nel caso in cui la legge appaia poco chiara, dovrebbe reputarsi che il Congresso abbia inteso delegare all'agenzia il compito di interpretarla. In tale ultimo caso, il giudice deve mostrare condiscendenza nei confronti dell'amministrazione, limitandosi ad accettare il giudizio oggetto di impugnazione, tranne nel caso in cui, come ha osservato la Supreme Court nello stesso caso Chevron, questo non sia «*arbitrary, capricious, or manifestly contrary to the statute*».

2.6. L'approccio italiano alla materia

Nel nostro ordinamento i concetti giuridici indeterminati possono individuarsi ad ogni latitudine, in particolar modo nei settori sensibili dell'economia pubblica, dell'ambiente, della salute e della sicurezza.

Ed è proprio con riguardo a tali c.dd. diritti amministrativi speciali (*Sonderrechte*) che la scienza giuspubblicistica e la giurisprudenza hanno avuto modo di attingere e sperimentare la dottrina tedesca dei concetti giuridici indeterminati.

Eccettuando, ora, dall'antica dicotomia tra discrezionalità pura e tecnica, deve rilevarsi come la dottrina italiana abbia fronteggiato l'argomento dei concetti giuridici indeterminati soffermandosi su un punto focale, ossia la delimitazione del potere discrezionale.

Massimo Severo Giannini è stato fra i primi ad aver esaminato la tematica: egli fece ricorso alla nozione di categoria al fine di indicare quei sintagmi vaghi e generici impiegati dal legislatore con lo scopo di circoscrivere l'ambito del potere amministrativo disponendone i presupposti per l'esercizio.

Tale prestigiosa dottrina riteneva che il carattere fondamentale della discrezionalità fosse racchiuso nell'operazione di perfezionamento della norma imprecisa, che si compone di due fasi: quella intellettuale, in cui si avanza ad un apprezzamento dei diversi interessi in gioco, e quella volitiva, in cui viene adottata la decisione conclusiva.

I concetti giuridici indeterminati rilevarebbero nella prima fase, nel corso della quale l'autorità amministrativa deve compiere un numero indefinito di valutazioni.

Si tratterebbe, in ultima istanza, di un giudizio di opportunità.

Tale incancellabile *spatium deliberandi* è delimitato da limiti che sono differenti a seconda del tipo di atto, al di fuori dei quali l'autorità agente è assolutamente libera¹²¹.

Una volta coscientizzata la sussistenza di un indubbio potere di valutazione, la dottrina successiva si è concentrata sulla correlata questione dell'estensione dei poteri del giudice in sede di esame del provvedimento impugnato.

In special modo, la scienza amministrativistica si è domandata se la fondamentale integrazione dei concetti giuridici a contenuto indeterminato, posta in essere in sede applicativa dell'amministrazione, sia ascrivibile al territorio della piena cognizione da parte del giudice amministrativo oppure solamente a quello del tradizionale sindacato di eccesso di potere.

Può apparire inutile aggiungere che questo punto di equilibrio sembra potersi conseguire unicamente mediante l'applicazione del principio istituzionale della ragionevolezza.

Detto in altri termini, il sindacato del giudice amministrativo sarebbe reso possibile solo nella misura in cui non si ponga oltre il terreno del ragionevole e del plausibile, che resterebbe una prerogativa della P.A.

Tale conclusione è imposta dal rigoroso sistema di *check and balance* presupposto dal nostro ordinamento, in base al quale più una valutazione tecnica ha natura di valutazione discrezionale, allora meno è ammissibile che il giudice possa conoscere il giudizio previamente compiuto dall'amministrazione.¹²²

3. *Soft regulation* e le nuove linee guida ANAC

3.1. Il potere di regolazione dell'ANAC

L'Autorità nazionale anticorruzione esercita le sue funzioni¹²³ (quella regolatoria e quella sanzionatoria) per garantire un più efficiente controllo sui soggetti implicati nell'affidamento e nella gestione degli appalti e delle concessioni¹²⁴.

¹²¹ Gucciardi, E., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942, passim.

¹²² Ferrero, E., *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in <https://iris.unito.it/retrieve/handle/2318/1508543/155095/Concetti%20giuridici%20indeterminati%20e%20poteri%20discrezionali%20delle%20amministrazioni.pdf>

¹²³ Per approfondimento sul tema, cfr. Amato, G., *Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia*, in Riv. trim. dir. pubbl., n. 3, 1997, 645-664 (pubblicato anche in *Autorità indipendenti e principi*

Tuttavia, c'è da dire che la funzione regolatoria dell'Autorità ha suscitato sin da subito una serie di perplessità oltre che numerose e, sovente, contrastanti riflessioni dottrinarie, in ragione del suo collocamento “a metà strada” tra l'attività normativa e l'attività amministrativa. Infatti, l'attività di regolazione dell'ANAC si esprime nell'adozione di atti soggettivamente amministrativi, ma alle volte contrassegnati da un livello di vincolatività, astrattezza e generalità tale da confonderli con gli atti normativi. Segnatamente, l'ANAC, in attuazione delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, espleta un potere che non è legislativamente predeterminato né disciplinato da fonti di rango primario, attraverso il quale vengono, tuttavia, trovati inserimento una serie di regole di condotta per gli operatori del settore con un livello di vincolatività più o meno forte.

Tra gli atti regolatori adottati dall'ANAC di peculiare importanza anche se connotati da una dubbia natura giuridica, vi sono le Linee guida, ossia (come da ultimo definite in generale dal Consiglio di Stato) atti regolativi autonomi che intervengono in settori che palesano un elevato grado di tecnicismo «*come parametro integrativo della legge, sviluppato poi secondo moduli sempre più prescrittivi e di tipo normativo (con profili talora considerati problematici quanto al rispetto del principio di legalità)*»¹²⁵⁻¹²⁶.

costituzionali/Associazione italiana dei Costituzionalisti – Università degli studi di Napoli “Federico II”, Atti del Convegno di Sorrento, 30 maggio 1997); Cassese, S., Franchini, C. (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996; Clarich, M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna 2005; D'alberti, M., voce *Autorità indipendenti* (dir.amm), in Roma, Enc. Giur., 1995, 1; De Benedetto, M., voce *Autorità indipendenti*, in Cassese, S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Roma, 2006, 588 ss.; Manetti, M., *Autorità indipendenti. Diritto costituzionale*, in Enc. Giur., 1997; Merusi, F., Passaro, M., *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2011; Nicodemo, S., *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002; Predieri, A., *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze 1997.

¹²⁴ Contessa, C., *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo codice dei contratti*, in Il libro dell'anno 2017, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani S.p.A., Torino, 2017. Sostiene l'Autore che la trasformazione della vecchia AVCP nella “più roboante” Autorità Anticorruzione denota, anche dal punto di vista semantico, una sostanziale identificazione fra il settore dei contratti pubblici e quella della corruzione.

¹²⁵ Consiglio di Stato, Sez. I, Adunanza di Sezione del 4 marzo 2020, parere n. 615 del 24 marzo 2020, Richiesta di parere in ordine al documento «Linee Guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o di irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 54-bis, del dlgs. n. 165/2001 (c.d. whistleblowing).

¹²⁶ Chiariello, Celeste, *L'inquadramento delle Linee Guida ANAC nel sistema delle fonti alla luce dell'interpretazione del Consiglio di Stato successiva all'entrata in vigore del d.l. n. 32/2019: dubbi interpretativi e questioni aperte*, in <https://www.segretaricomunalivighenzi.it/archivio/2020/novembre/allegato-n-2.pdf>

3.2. Il *soft Law*

L'espressione *soft law*¹²⁷ individua la propria origine nel diritto internazionale, involgendo numerosi fenomeni di regolazione contraddistinti dalla produzione di norme caratterizzate da alcuna efficacia vincolante diretta.

Il *soft law* si contrappone ai classici strumenti di normazione quali leggi, regolamenti (c.d. *hard law*), emanati sulla scorta di ben precise procedure da organi che, essendo in possesso del relativo potere (parlamenti, governi ecc.), realizzano norme munite di efficacia vincolante nei riguardi dei destinatari.

Generalmente il *soft law* consiste in accordi che non danno origine a obblighi giuridici tra le parti contraenti, bensì solamente a una serie di impegni politici il cui ossequio è lasciato alla libera volontà delle parti. Tuttavia, anche gli atti normativi veri e propri possono dar vita a norme di *soft law* nel caso in cui decidano di impegnare il destinatario verso obblighi non vincolanti in termini giuridici (c.d. *soft obligation*).

Il motivo del ricorso a norme del genere può consistere anche nel concretizzare una disciplina elastica, capace di conformarsi alla celere evoluzione tipica di alcuni settori della vita economica o sociale. Si può dire, quindi, che la locuzione *soft law* vada ad assorbire vari fenomeni¹²⁸ i quali palesano le peculiarità della legge perché in qualche modo condizionano e circoscrivono la volontà e la libertà dei loro destinatari, ma che, tuttavia non dispongono una reale obbligazione né stabiliscono una specifica sanzione¹²⁹.

Se non si considera la sanzione quale attributo essenziale della norma, agli strumenti che si stanno esaminando può riconoscersi la natura di fonti del diritto, oppure in virtù dell'efficacia imperfetta, si può parlare di "*fonti atipiche*"¹³⁰. Le caratteristiche del *soft law* potrebbero condurre a ritenere che non si tratti di regole "giuridiche"¹³¹. In ogni caso, si

¹²⁷ Sulla distinzione rispetto ad altri concetti, come il diritto "mite" di Gustavo Zagrebelski, si veda Pizzorusso, A., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008, nt. 26.

¹²⁸ Mostacci, E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, p. 1 afferma che "l'espressione in parola non allude a un concetto stabile e ben sedimentato (...) al contrario, nell'uso corrente, essa mostra di avere un significato a volte vago, altre autonomamente interpretato, senza che sembri rintracciabile un centro di gravità attorno al quale le accezioni del termine convergano in modo coerente"; Cassese, S., *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in Cassese, S. – Franchini, C., (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna 1996, p. 217 ss.

¹²⁹ Foster, N., *Eu Law*, Oxford, 2015, p. 122, per il quale il *soft law* "incapsula varie regole di condotta che non sono legalmente vincolanti o giustiziabili, o dove il disattenderle non porta necessariamente ad una certa e specifica sanzione".

¹³⁰ Mostacci, E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, op.cit., p. 27.

¹³¹ Bin, R., *Soft law, no law*, in Somma, A., (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, pp.33-37.

rende essenziale un maggiore approfondimento del fenomeno, che sta assumendo un rilievo sempre maggiore non solo nel nostro ordinamento¹³²⁻¹³³.

I destinatari degli atti di *soft law* non sono legalmente vincolati a seguirli. Tuttavia, tali atti sono riconosciuti come aventi un effetto concreto di varia intensità¹³⁴ - e molti atti statali non vincolanti non hanno bisogno di essere legalmente vincolanti per essere considerati imperativi in termini politici.

L'obbedienza dipende principalmente da considerazioni morali, etiche, politiche, economiche o psicologiche.

Alcuni esempi servono ad illustrare il potere e l'influenza degli atti di *soft law*. Così, la Dichiarazione di Bologna del 1999 ha portato a una rapida e profonda riforma delle pratiche nelle istituzioni di istruzione superiore in tutta Europa, anche se la Dichiarazione stessa è priva di forza legale. Anche gli uffici della pubblica amministrazione o i tribunali possono usare la *soft law* per interpretare le regole legali, anche se qui l'effetto è indiretto. Per esempio, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato la Romania per aver violato il diritto che ogni individuo ha “*al rispetto della sua vita privata e familiare e del suo domicilio*” (articolo 8, Convenzione europea dei diritti dell'uomo) per il fatto che la Romania non ha fermato l'estrazione del minerale d'oro, nonostante il principio di precauzione sancito dalla Dichiarazione di Rio, un atto non obbligatorio¹³⁵.

La paura della responsabilità civile o penale può agire come un forte incentivo a rispettare una raccomandazione. In seguito a un annegamento, il direttore di un parco acquatico è stato condannato per omicidio colposo, con la motivazione che una telecamera a circuito chiuso posizionata sott'acqua, come raccomandato dall'Ufficio svizzero per la prevenzione degli infortuni, avrebbe potuto evitare questa morte¹³⁶.

In alcuni casi, gli effetti della *soft law* possono essere ancora più gravi. L'esempio classico è fornito dalle allerte emesse contro i prodotti difettosi. A causa del danno potenziale all'immagine dell'azienda, la pubblicità generata dall'emissione di un avviso (un atto non

¹³² Conseil d'État, Le droit souple. Étude annuelle 2013, in www.conseil-etat.fr.

¹³³ Chiarelli, M., *La soft regulation e il caso delle nuove linee guida ANAC*, in <https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/02/La-soft-regulation-e-il-caso-delle-nuove-linee-guida-ANAC.pdf>

¹³⁴ P. Moor, Flückiger, A., & Martenet, V., *Droit administratif*. Bern: Stämpfli, 2012.

¹³⁵ Tatar contro Romania, 27 gennaio 2009, contro 120; Ailincăi 2017.

¹³⁶ Tribunale federale, decisione 6S.358/2004 del 10 novembre 2004, paragrafi 5.3 e 7.2.

obbligatorio) ha un peso maggiore di una semplice notifica che vieta la distribuzione di un prodotto difettoso (un atto obbligatorio).

Lo Stato può ricorrere a vari meccanismi, sia psicologici che legali, per aumentare l'efficacia delle azioni che intraprende. Le tecniche della psicologia sociale o delle scienze affettive possono essere particolarmente efficaci; esse fanno un uso tattico delle emozioni dei destinatari di un atto evocando sentimenti di paura, colpa o desiderio. L'uso di queste tecniche, tuttavia, è chiaramente un problema in una società basata sulla libertà e l'autonomia individuale. Devono quindi essere giustificate, tanto più a causa della debole legittimità democratica della *soft law*¹³⁷.

Meccanismi di natura giuridica possono anche rafforzare il rispetto della *soft law*. I soggetti a cui tale *soft law* è diretta restano liberi di seguirla o meno, ma il vincolo *de facto* può essere forte, e in termini di effetti, può essere indistinguibile da un vincolo legale. Prendiamo l'esempio della pressione finanziaria o normativa. Il comportamento che una tassa di incentivazione o un sussidio suggerisce è solo un percorso raccomandato, ma non seguirlo può essere costoso o addirittura mettere in pericolo il sistema esistente.

La legislazione può anche richiedere che una raccomandazione sia usata semplicemente come base per prendere una decisione o che l'esenzione da una raccomandazione sia motivata (clausole imperative non vincolanti). Le autorità pubbliche non sono obbligate a seguire scrupolosamente le disposizioni contenute in un tale atto di *soft law*, ma devono invece utilizzarlo come base nel processo decisionale. Così, l'Ufficio federale di veterinaria, nel preparare e pubblicare le statistiche, tiene "conto" delle raccomandazioni internazionali (articolo 147 II dell'ordinanza sulla protezione degli animali).

Infine, il legislatore può inserire una clausola di valutazione retroattiva sull'attuazione di un atto non obbligatorio. Secondo il diritto svizzero, ad esempio, la Confederazione deve "informare" l'Ufficio d'inchiesta sugli infortuni aeronautici sulle azioni intraprese in seguito alle raccomandazioni di sicurezza o sui motivi per cui non vengono adottate misure (art. 32 della direttiva sulle inchieste sugli incidenti aerei e gli incidenti gravi).

L'attuazione degli obiettivi di politica pubblica non è più concepibile oggi senza il ricorso alla *soft law*, come il caso svizzero dimostra ampiamente. In effetti, la flessibilità

¹³⁷ Flückiger A., Pourquoi respectons-nous la soft law? Le rôle des émotions et des techniques de manipulation. *Revue européenne des sciences sociales*, XLVII-144, 2009, pp. 73–103.

nell'adozione di tali strumenti, unita agli effetti che possono avere, li rende indispensabili in termini di efficienza.

Tuttavia, tali strumenti di *soft law* sono problematici nella misura in cui non godono della stessa legittimità democratica degli atti di diritto ordinario. Se la *soft law* non avesse alcun effetto, questo non porrebbe particolari problemi, sebbene, come anticipato, non sia poi così. Di fronte a questa situazione, è necessario che le autorità pubbliche adottino misure di legittimazione adeguate alle particolarità della *soft law*. Potrebbe suggerirsi quanto segue: quanto più gli atti non obbligatori dello Stato violano un diritto (a qualsiasi livello), e/o quanto più importanti sono i loro effetti, tanto più ci si deve assicurare che siano trattati come equivalenti agli atti giuridici ordinari.

In particolare, un atto non imperativo deve essere trattato dall'ordinamento giuridico quasi allo stesso modo di un atto giuridico quando i suoi effetti sono virtualmente obbligatori (o molto vincolanti di fatto), e quando incide ampiamente su un diritto. Al contrario, un atto non imperativo, privo di effetti e che non incide su un diritto, può avere 'un'esistenza' tranquilla lontano dai vincoli giuridici dello Stato.

In questa prospettiva, i poteri pubblici devono allora diventare creativi nel trovare i modi per legittimare la *soft law*. Da un lato, devono rispettare i valori che stanno alla base dei principi fondamentali dello stato di diritto: legalità, interesse pubblico, proporzionalità, uguaglianza e divieto di arbitrarietà. Dall'altro, devono evitare di codificare gli atti di *soft law* al punto di sacrificare la loro efficacia.

L'analisi deve essere fatta caso per caso, secondo i diversi tipi di atti e i contesti in cui si verificano. Per esempio, può menzionarsi l'esigenza che le raccomandazioni siano realizzate in modo da rispettare i principi di obiettività e trasparenza, o la necessità di una consultazione per garantire un processo aperto, consensuale e partecipativo quando si tratta di atti urbanistici non obbligatori. Si può anche pensare di aumentare le garanzie procedurali (stabilire un processo di consultazione, prevedere un diritto di essere ascoltato prima dell'adozione di una raccomandazione, o pubblicare carte).

Infine, bisogna garantire che gli atti di *soft law* possano essere rivisitati. A lungo limitato al diritto della responsabilità, il diritto svizzero è stato ora esteso per permettere la revisione giudiziaria degli atti non obbligatori. Così, ogni persona con un interesse degno di

protezione può chiedere che le autorità pubbliche si astengano da atti illeciti, cessino di tentare di compierli (o addirittura li revochino), eliminino le loro conseguenze, o riconoscano la loro illegalità. Le autorità pubbliche responsabili prendono quindi una decisione su questa richiesta, soggetta a ricorso (articolo 25a della legge federale sulla procedura amministrativa). In caso di violazione di un diritto fondamentale, almeno sufficientemente grave, l'articolo 35 capoverso 2 della Costituzione svizzera citata impone un controllo giuridico¹³⁸.

Non è sempre possibile far intervenire un giudice, e in questi casi è preferibile sviluppare meccanismi di controllo alternativi, come gli organismi di mediazione, una valutazione delle politiche pubbliche, o la segnalazione all'autorità di controllo competente.

3.3. Il fenomeno delle Linee Guida ANAC: tipologie e loro efficacia vincolante

Il fenomeno recente delle linee guida ANAC è certamente una novità assoluta per l'ordinamento giuridico italiano¹³⁹. Infatti, stando alla tradizionale concezione, le linee guida dovrebbero raffigurare una estrinsecazione tipica del potere di direttiva, come può desumersi anche dal valore semantico dell'espressione impiegata per il loro nome, la quale, a sua volta, va declinandosi mediante raccomandazioni, istruzioni operative e, dunque, per mezzo dell'indicazione delle modalità attuative del precetto normativo, ma mai attraverso regole cogenti e vincolanti, che, invece, dovrebbero rappresentare meramente il presupposto delle spiegazioni affidate alle linee guida.

Le linee guida ANAC non appaiono riconducibili al *soft law* in senso stretto. Infatti, mentre il fenomeno del *soft law* postula la mancanza di vincolatività della regola di cui si tratta, il cui ossequio viene essenzialmente lasciato all'adesione volontaria, anche come conseguenza della *moral suasion* dell'autorità che la emana¹⁴⁰, le linee guida, viceversa, sono state ideate, quantomeno in misura maggiore, come idonee a costituire diritti e obblighi in capo ai destinatari, tanto da andare a rimpiazzare le disposizioni regolamentari contestualmente abrogate.

Nel Codice degli appalti all'ANAC è stato assegnato un compito strategico ed essenziale nella definizione della disciplina normativa secondaria, proprio mediante lo strumento

¹³⁸ Si veda anche decisione del Tribunale federale del 13 novembre 2006: ATF 133 I 49, 56.

¹³⁹ Cons. St., comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁴⁰ Morettini, S., *Il soft law nelle autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in www.osservatorioair.it, n. 4/2012.

delle linee guida di cui si parlerà a breve. Invero, è stata riservata alle linee guida la disciplina di aspetti decisivi del regime normativo delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, sicché viene imposta una loro qualificazione giuridica alla quale consegue il riconoscimento del modello al quale devono essere annoverate. Tuttavia, questa articolata operazione ermeneutica si palesa piuttosto complessa dalla diversità delle tipologie di linee guida contemplate dal Codice degli appalti, sia in ordine ai contenuti, sia in ordine all'autorità emanante, sia, altresì, in ordine alla procedura formale che viene imposta ai fini della loro adozione.

Tra i differenti modelli di linee guida, il Consiglio di Stato nel parere n. 855 del 2016 ne ha enumerate tre tipologie:

1. quelle approvate con decreto ministeriale;
2. quelle vincolanti adottate dall'ANAC e, infine
3. quelle non vincolanti, sempre adottate dall'ANAC.

Le linee guida adottate mediante decreto del Ministero delle infrastrutture e trasporti, su proposta di ANAC, devono ritenersi un vero e proprio atto normativo di natura regolamentare, tenuto conto, sempre secondo il Consiglio di Stato, la loro *“chiara efficacia innovativa nell'ordinamento, cui si accompagna il carattere generale ed astratto delle norme in esso contenute”*.

Ebbene, si tratta di un regolamento ministeriale a carattere normativo, da cui discende l'esigenza di seguire, ai fini della sua emanazione, l'iter procedurale previsto dall'art. 17, co. 3, della legge n. 400 del 1988.

Mentre le linee guida non vincolanti possono inquadrarsi come ordinari atti amministrativi, invece, le linee guida a carattere vincolante dell'ANAC, sono previste da disposizioni del codice che palesano un puntuale contenuto. Alle stesse, rifacendosi all'interpretazione del Consiglio di Stato, non può essere riconosciuta una identica natura normativa, in quanto non in linea con il sistema delle fonti italiane.

In ragione del rilievo giuridico dei provvedimenti in questione, nonché della natura del soggetto emanante, la quale si configura come Autorità indipendente, con funzioni (anche) di regolazione, le linee guida dell'ANAC dovrebbero essere fatte rientrare negli atti di

regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio, ma atti amministrativi generali e, quindi, “di regolazione”¹⁴¹.

Questa ricostruzione, secondo la valutazione del Consiglio di Stato, permette di risolvere una serie di problematiche in termini applicativi. In primis, essa riconferma gli effetti vincolanti e nei riguardi di tutti di tali atti come disposto dalla delega, che parla di “*strumenti di regolazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante*”.

Questa assimilazione permette di garantire anche a tali provvedimenti dell'ANAC tutte le garanzie procedimentali e di qualità della regolazione già vigenti per le Autorità indipendenti quali l'obbligo di assoggettare le delibere di regolazione ad una preventiva fase di “consultazione”; l'esigenza di dotarsi di strumenti di Analisi di impatto della regolazione (AIR) e di verifica *ex post* dell'impatto regolatorio (VIR); il bisogno di adottare tecniche di codificazione tali da determinare la concentrazione di “*testi unici integrati*” di tutta la disciplina di settore. Tale

Questa ricostruzione permette anche la concretizzazione, per gli atti di regolazione dell'ANAC, di forme di idonea pubblicità quali la pubblicazione sul sito della medesima Autorità, ed anche sulla G.U. Tuttavia, la catalogazione in questione non è destinata a porre fine alla discussione.

Il Consiglio di Stato nel parere n. 1767 del 2016 ha evidenziato la non vincolatività delle linee guida come atti amministrativi generali con conseguente applicazione dello statuto del provvedimento amministrativo, sostenendo che l'amministrazione può trascurare di rispettare le linee guida assumendo un atto che contenga una idonea e precisa motivazione.

Poi, in un secondo momento, nel parere n. 1257 del 29 maggio 2017, pronunciandosi su specifiche linee guida recanti “*Aggiornamento delle Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*”, ha sostenuto che tali linee guida in materia di anticorruzione possono essere tralasciate dall'amministrazione a condizione che ne siano motivate le ragioni.

Il Supremo organo amministrativo ha riconosciuto le linee guida in questione riconducibili al novero delle linee guida non vincolanti, per mezzo delle quali l'ANAC somministra ai

¹⁴¹ Romano, M.C., *Atti amministrativi generali*, in Cassese, S., (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 491 ss.

soggetti interessati talune indicazioni inerenti all'esatta modalità di ottemperare gli obblighi previsti dalla normativa e sull'adempimento dei quali ha poteri di vigilanza, indicazioni che raffigureranno un importante parametro di valutazione per l'esercizio di tali poteri e l'adozione dei provvedimenti conseguenti. I destinatari possono discostarsi dalle linee guida attraverso l'adozione di atti che contengano una precisa motivazione, anche a fini di trasparenza, atta sicuramente a dar conto delle motivazioni sottese alla differente scelta amministrativa. Eccetto tale ipotesi, la violazione delle linee guida può essere reputata, in sede giurisdizionale, come elemento indicativo dell'eccesso di potere, sul modello dell'elaborazione che si è avuto relativamente alla violazione delle circolari.

Questa posizione è stata ribadita dal TAR in merito alla determinazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione n. 241 del 8 marzo 2017, pubblicata sulla G.U. del 24 marzo 2017, avente ad oggetto "*Linee guida recanti indicazioni sull'attuazione dell'art. 14, del d.lgs. 33/2013 «Obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali» come modificato dall'art. 13 del d.lgs. 97/2016*"; tale determinazione ANAC ha disposto esplicitamente che "*per gli ordini professionali, sia nazionali che territoriali ... sussiste l'obbligo di pubblicare i dati di cui all'art. 14, relativamente agli incarichi o cariche di amministrazione, di direzione o di governo comunque denominati*".

Avverso tale atto è stato presentato da alcuni consigli nazionali ricorso per l'annullamento parziale, previa sospensione del provvedimento. Il TAR a mezzo di sentenza n. 1736 del 14 febbraio 2018 ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso avverso le linee guida, rifacendosi proprio al parere della Commissione speciale n. 1257 del 29 maggio 2017, reso sullo schema in tema di "*Aggiornamento delle Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza*".¹⁴²

3.3.1. Il difficile inquadramento delle Linee Guida come atti di *soft law*

La prassi di adottare Linee guida da parte di Autorità indipendenti ha come scopo precipuo la dettatura di criteri da seguire, la proposta di metodi di funzionamento e la determinazione di obiettivi per le P.A. Le linee guida adottate dall'ANAC rappresentano lo strumento più utilizzato per lo svolgimento dei compiti istituzionali dell'Autorità e hanno

¹⁴² Chiarelli, M., *La soft regulation e il caso delle nuove linee guida ANAC*, in <https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/02/La-soft-regulation-e-il-caso-delle-nuove-linee-guida-ANAC.pdf>

per oggetto fondamentali disposizioni che nella precedente disciplina dei contratti pubblici erano disciplinate dalla legge o dal regolamento di attuazione.

Va rilevato che le linee guida sono espressione di un generale livello di potere di coordinamento affidato all'ANAC, al fine di costituire l'unità di indirizzo di enti dotati di autonomia, dal momento che comporta il potere di emanare direttive che possono essere disattese da parte dell'amministrazione solo per motivi necessari e plausibili. La caratteristica essenziale di questi atti consiste nella varietà del loro contenuto; infatti, le direttive possono contenere sia raccomandazioni che disposizioni obbligatorie¹⁴³.

La difficoltà di collocare le linee guida in una categoria specifica di atti è dovuta all'eterogeneità del loro contenuto, dal momento che queste si riferiscono a politiche e direttive di natura conformativa che portano al coordinamento tra soggetti diversi o tra enti della stessa amministrazione.

La legge 28 gennaio 2016, n. 11, che ha delegato il Governo a adottare il D. Lgs. n. 50 del 2016, ha individuato come compito da attribuire all'ANAC la promozione dell'efficienza nel ciclo degli appalti pubblici, il sostegno allo sviluppo di *best practices* nonché la facilitazione dello scambio di informazioni tra enti appaltanti¹⁴⁴.

All'interno di questi atti occorre distinguere tra le c.d. linee guida facoltative e quelle vincolanti, con la premessa che è necessaria un'analisi caso per caso. Inoltre, la stessa linea guida può contenere sia disposizioni vincolanti sia indicazioni di mero consiglio.

La prima categoria comprende, ad esempio, linee guida che indicano i compiti di persone responsabili della procedura d'appalto, consistenti nel realizzare il sistema di qualificazione degli enti appaltanti e di redigere i modelli di bando di gara. Le linee guida non vincolanti hanno lo scopo di guidare e sostenere gli enti appaltanti nell'esercizio della loro discrezionalità, attraverso l'emanazione di indicazioni conoscitive e interpretative, anche al fine di ridurre il contenzioso amministrativo.

¹⁴³ Morbidelli, G., *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 277; Marone, F., *Le linee guida dell'Autorità nazionale Anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 743.; Filicetti, C., *L'insostenibile leggerezza delle linee guida ANAC*, in www.giustamm.it, 2019; Deodato, C., *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustamm.it, 2016, 4; Cintioli, F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni ANAC*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 381; Delle Foglie, M., *Verso un 'nuovo' sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, in www.giustamm.it, 2016, 3.

¹⁴⁴ Contessa, C., *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo codice dei contratti*, in *Libro dell'Anno del diritto* (in www.treccani.it), 2017, in 2016.

Sulla natura giuridica delle linee guida non vincolanti, il campo dell'interpretazione è conteso da due teorie.

Per una determinata ricostruzione teorica, questi atti sono da considerarsi come atti amministrativi generali, sebbene tale ricostruzione sia stata oggetto di diverse critiche, come emerso anche al momento della redazione dei consigli dal Consiglio di Stato medesimo.

Secondo altra teoria, più accreditata, le linee guida non vincolanti sono paragonabili alle circolari amministrative, soprattutto sulla base delle conseguenze giuridiche nascenti dalla relativa violazione¹⁴⁵.

In relazione alle linee guida vincolanti, le difficoltà interpretative più rilevanti sono legate alla collocazione delle linee guida vincolanti, in cui si nota una discordanza tra la natura formale e gli effetti dell'atto. Come risultato di questo contenuto polimorfo delle linee guida, è difficile esporre parole univoche sulla natura giuridica di questi atti. Questi atti sono generali per quanto riguarda i destinatari, ma non hanno natura normativa in quanto sono posti al di fuori delle fonti giuridiche tipiche ed emanati da un soggetto (ANAC), privo di potestà normativa¹⁴⁶.

Sono da considerarsi atti normativi, anche se non assimilabili, per estensione, agli altri atti delle autorità indipendenti, in quanto frutto di poteri neutrali di attuazione per legge.

In generale, queste linee guida possono essere classificate come c.d. atti di regolazione, una categoria che contiene vari provvedimenti, tra cui norme che vanno oltre la misura esecutiva, atti di controllo, attività di *moral suasion*, attività di consulenza e risoluzione delle controversie.

Affinché le linee guida vincolanti siano assimilate al regolamento, è necessario che la legge attribuisca questo potere all'Autorità, che l'atto contenga norme giuridiche e non obiettivi, nonché che contenga disposizioni giuridiche astratte e generali. Quest'ultimo aspetto è decisivo perché il carattere vincolante è tipico di ogni provvedimento amministrativo, ma il carattere generale e astratto è caratteristica della legislazione.

¹⁴⁵ T.A.R. Lazio, Roma, Sec. III, 3 July 2019, no. 8678, in www.lamministrativista.it, 2019.

¹⁴⁶ Serges, G., *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in Osservatorio sulle fonti, 2017.

Il dibattito sulla natura giuridica delle linee guida non può essere risolto attraverso l'uso di criteri formali. Nel complesso, non si possono trarre conclusioni sulla natura giuridica o meno di queste linee guida; piuttosto, è opportuno condurre un'analisi caso per caso.

L'idea secondo cui solo il Governo può emanare regolamenti generali può essere disattesa perché il sistema italiano delle fonti giuridiche è bloccato solo per le fonti giuridiche c.d. primarie¹⁴⁷.

Inoltre, l'attribuzione di questo potere regolamentare all'ANAC è pienamente coerente con la sua missione¹⁴⁸.

Altresì, le linee guida in materia di contratti pubblici hanno lo scopo di dare ulteriori indicazioni e per questo hanno natura tecnica. Il possesso di compiti tecnici finalizzati alla tutela della libera concorrenza, unitamente all'indipendenza e all'imparzialità di queste Autorità giustificano il potere regolamentare¹⁴⁹.

Una teoria che può essere sottoposta a revisione critica è quella sostenuta dal Consiglio di Stato¹⁵⁰ secondo cui tutte le linee guida emanate dall'ANAC sono atti amministrativi generali¹⁵¹. Gli atti amministrativi generali esauriscono la loro efficacia in una sola applicazione, mentre le linee guida sono emanate per essere applicate nel corso del tempo a diverse situazioni di fatto.

Come anticipato, le linee guida contengono sia raccomandazioni che regole obbligatorie¹⁵².

Tuttavia, a differenza di altre disposizioni (ad esempio il piano regolatore generale) in cui la distinzione tra regole e raccomandazioni è chiaramente stabilita dalla legge, simili generalizzazioni non possono funzionare per le linee guida che richiedono un'analisi caso per caso.

Lo studio parola per parola può essere utile per fare una distinzione tra regole e raccomandazioni, ma l'articolata tecnica di redazione adottata non aiuta a risolvere i dubbi.

¹⁴⁷ Crisafulli, V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1978.

¹⁴⁸ Parisi, N., *An international perspective on the main functions of the Italian National AntiCorruption Authority in the prevention of corruption in public procurement*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2015.

¹⁴⁹ Bilancia, P., *Riflessi del potere normativo delle autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1999.

¹⁵⁰ Cons. St., spec. comm., 1 April 2016, no. 464, in *Foro amm.*, 2016, 824.

¹⁵¹ Della Cananea, G., *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; Jacovelli, D., *I regolamenti nel disordine delle fonti*, in *Jus*, 2004; Ramajoli, M., Tonoletti, B., *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013.

¹⁵² Valaguzza, S., *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016; Pizzorusso, A., *Le fonti del diritto*, Roma, 2011.

In conclusione, tenuto conto delle oscillazioni interpretative, è opportuno fornire una chiave di lettura coerente con i principi generali del diritto.

Le linee guida emanate dall'ANAC non dovrebbero essere in grado di innovare la normativa, motivo per cui possono essere considerate come atti interpretativi del codice degli appalti pubblici o di disposizioni generali.

Per quanto riguarda le linee guida la n. 4 relativa alle procedure di aggiudicazione dei cosiddetti appalti pubblici o la n. 7 riferita alle condizioni per l'iscrizione nel registro delle commissioni di gara, possono essere qualificate come attività di monitoraggio anticipato. In altre parole, le linee guida emesse dall'ANAC anticipano il contenuto del provvedimento ispettivo, attività tipica delle Autorità Indipendenti¹⁵³. La soluzione sopra delineata, che si assume preferibile in questa analisi, considera le linee guida come atti che anticipano la successiva attività di controllo da parte dell'autorità.

Se il riferimento è tratto dalle linee guida n. 660, che indica i significativi mezzi di prova per la dimostrazione delle cause di esclusione da una gara pubblica, e, in particolare, ai c.d. provvedimenti di autotutela, la teoria appena descritta sembra essere coerente.

Le misure di *self-cleaning* sono mezzi di prova che l'operatore economico deve fornire per dimostrare integrità e affidabilità. L'amministrazione aggiudicatrice si pronuncia su tali misure dopo una procedura in contraddittorio. Questa disposizione in una linea guida non innova il quadro legislativo precedente ma chiarisce il ruolo dell'operatore e della stazione appaltante rispetto ad una disposizione già in vigore, sulla cui applicazione l'ANAC può intervenire, in fase di controllo.

Tale soluzione interpretativa consente di ricondurre tali atti ad una attività di cui è responsabile l'ANAC, superando i problemi legati alla loro difficile collocazione nell'ordinamento giuridico. Tale interpretazione sembra rivelarsi coerente sia con il ruolo dell'ANAC che con il modo in cui le linee guida sono redatte, e consente di ripristinare una coerenza sistematica¹⁵⁴.

¹⁵³ Patroni Griffi, F., *Gli strumenti di prevenzione nel contrasto alla corruzione*, in www.federalismi.it

¹⁵⁴ Brigante, V., *Critical assessments on the role and on the acts adopted by ANAC. The requirement to restore system coherence*, in *Il diritto dell'economia*, anno 65, n. 100, 2019.

3.4. Le novità introdotte dal d.l. n. 32/2019

Il d.l. n. 32/2019, recante *Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici* (c.d. decreto Sblocca-Cantieri), pubblicato in G.U. del 18 aprile 2019, ha apportato molteplici modifiche al Codice dei contratti pubblici¹⁵⁵.

Tuttavia, come rimarcato dall'ANAC all'interno della Relazione del 16 maggio 2019, tutte le modifiche che sono andate a intervenire sul Codice, dal momento della sua emanazione sino alle modifiche apportate dal decreto Sblocca Cantieri, hanno offerto un quadro normativo poco chiaro e in costante divenire, andando a comportare una serie di difficoltà in termini applicativi da parte degli operatori del settore, con allarmanti ricadute sul corretto svolgimento del mercato degli appalti pubblici.

Tra l'altro, sotto diverso profilo, l'ANAC ha evidenziato, altresì, che un quadro giuridico confuso non rende certamente più semplice la concorrenza, andando inevitabilmente a scoraggiare anche gli investimenti delle aziende estere e rischiando di incoraggiare la commissione di eventi corruttivi.

Dunque, il legislatore, con l'intenzione di appagare il bisogno di una più elevata certezza del diritto nell'ambito delle procedure a evidenza pubblica, ha deciso di superare il sistema di attuazione e integrazione della normativa primaria attraverso il ricorso ai molteplici strumenti delle linee guida e dei decreti ministeriali, in modo tale da poter fare ritorno al pregresso modello del regolamento attuativo unico¹⁵⁶.

Questa scelta da parte del legislatore è apparsa come estrinsecazione dell'intenzione di giungere a una consistente riduzione delle competenze regolatorie dell'ANAC, almeno per quelle materie che saranno coperte dalla nuova normazione secondaria. In particolar modo,

¹⁵⁵ Per approfondimenti, Corradino, M., (a cura di), *Gli appalti pubblici dopo la legge sblocca-cantieri. Una guida per operatori economici e stazioni appaltanti*, 2019.

¹⁵⁶ Secondo Cancrini, A., l'Autorità ha riscontrato difficoltà nell'ottemperare alla moltitudine di compiti che le sono stati attribuiti dal legislatore, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici del 2016: «Sulla scia del “ritorno” al Regolamento unico, allora, si potrebbe prospettare un “ritorno” anche ad una Autorità specifica sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, cui conferire un'adeguata dotazione di personale appositamente formato in materia di contrattualistica pubblica. Ciò consentirebbe di ridimensionare e razionalizzare i compiti oggi affidati all'ANAC, riconducendoli a quelli già svolti dall'allora AVCP, con un taglio netto alle ingombranti competenze (in primis quelle regolatorie) inopinatamente attribuite all'Autorità dal decreto legislativo numero 50 del 2016. La soluzione, seppur apparentemente drastica, risulta necessaria ove si consideri che – come emerge dalla pagina web dell'ANAC –, le funzioni svolte dall'Autorità sono già oggi (almeno in teoria) suddivise in due gruppi, “quelli relativi ai contratti pubblici e quelli in materia di anticorruzione e trasparenza”» (Intervento presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata, maggio 2020).

il d.l. *de quo*, come convertito con legge n. 55/2019, ha provveduto a inserire all'art. 216 del Codice il nuovo co. 27 *octies*, in base al quale

«Nelle more dell'adozione, entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi dell'art. 17, comma 1, lettere a) e b), della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, di un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del presente codice, le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2 e 150, comma 2, rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al presente comma, in quanto compatibili con il presente codice e non oggetto delle procedure di infrazione nn. 2017/2090 e 2018/2273. Ai soli fini dell'archiviazione delle citate procedure di infrazione, nelle more dell'entrata in vigore del regolamento, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e l'ANAC sono autorizzati a modificare rispettivamente i decreti e le linee guida adottati in materia».

Ebbene, la fonte regolamentare riduce, senza eliminare, la categoria delle linee guida, dovendo la prima portare con sé la disciplina delle seguenti materie:

- a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento;
- b) pianificazione dei lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto;
- c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e degli stipulanti generali;
- d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo minore alle soglie comunitarie;
- e) direzione dei lavori e dell'esecuzione;
- f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali;
- g) accertamento di conformità;
- h) affidamento dei servizi concernenti l'architettura e all'ingegneria e riguardanti requisiti degli operatori economici;
- i) lavori inerenti ai beni culturali.

Nei settori appena menzionati, le linee guida già adottate conservano la loro efficacia fino al momento in cui entra in vigore il regolamento, mentre restano successivamente efficaci quelle Linee guida che non si porranno in contrasto con le disposizioni del regolamento stesso. Infatti, stando al testo del richiamato art. 216, co. 27 *octies*, può agevolmente comprendersi come il regolamento non vada a investire il complesso delle linee guida ANAC già previste, dato che, anche a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 32/2019, residuano almeno tre casi in cui perdura la formulazione codicistica del rinvio alle linee guida vincolanti dell'Autorità:

1. ai sensi dell'art. 80, co. 13, D. Lgs. n. 50/2016, per la definizione dei mezzi di prova che devono ritenersi idonei ovvero le manchevolezze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto rilevanti ai fini della dimostrazione dei gravi illeciti professionali che comportano le circostanze di esclusione di cui al co. 5, lettera c), dello stesso articolo (Linee guida n. 6/2018);
2. ai sensi dell'art. 110, co. 6, del Codice, in materia di affidamento nell'ipotesi di procedura concorsuale dell'impresa concorrente;
3. ai sensi dell'art. 181, co. 4, per la determinazione dei sistemi di controllo mediante i quali l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare il controllo sull'attività dell'operatore economico (Linee Guida n. 9/2018).¹⁵⁷

3.5. Il sindacato giurisdizionale. Cenni

Alla capacità di regolazione (ossia di incidenza sulla sfera giuridica di coloro che ne sono destinatari) non può derivare l'impugnabilità e la soggezione di tali atti al controllo giurisdizionale¹⁵⁸.

A puntualizzarlo in maniera inequivocabile è la medesima legge delega dalla quale ha origine il Codice degli appalti, il cui art. 1, co. 1, lett. t), ha posto in capo ad ANAC, unitamente ai poteri “*di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio*”, quello di adozione di “*atti di indirizzo, quali linee guida, bandi - tipo,*

¹⁵⁷ Chiariello, C., *L'inquadramento delle Linee Guida ANAC nel sistema delle fonti alla luce dell'interpretazione del Consiglio di Stato successiva all'entrata in vigore del d.l. n. 32/2019: dubbi interpretativi e questioni aperte*, in <https://www.segretaricomunalivighenzi.it/archivio/2020/novembre/allegato-n-2.pdf>

¹⁵⁸ Cintioli, F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 381 ss.; ID, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2003.

contratti - tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, eventualmente anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa”.

È questa una disposizione che, sebbene racchiusa all'interno della delega, e non nel decreto delegato, non pare potersi considerare priva di immediata efficacia precettiva, tenuto conto del suo tenore assai puntuale e particolareggiato. E, d'altronde, ove si dovesse ritenere che tale prescrizione necessiti di una ricezione nella normativa delegata per potersi considerare efficace, non si potrebbe non ammettere che tale ricezione non potrebbe che essere semplicemente riproduttiva del tenore della norma presente all'interno della legge delega¹⁵⁹.

Tra l'altro, il medesimo Consiglio di Stato nel già menzionato parere n. 855 del 2016 ha evidenziato come resti confermata la piena giustiziabilità delle linee guida ANAC dinanzi al giudice amministrativo. Si tratta di strumenti di regolazione molto tecnici, ma in nessun ordinamento giuridico può eccettuarsi da un controllo giurisdizionale sugli atti di regolazione.

La principale questione concerne i limiti del sindacato del giudice amministrativo verso regolazioni tecniche e complesse.

La sentenza della sesta sezione del Consiglio di Stato, n. 162/2016 ha preso in esame i pericoli che possono materializzarsi in simili ipotesi, andando a trattare della regolazione delle tariffe della distribuzione del gas da parte dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas.

Prendendo le mosse dalla ovvia considerazione che le *“scelte regolatorie sulle tariffe sono spesso altamente complesse e tecniche, e richiedono una conoscenza di discipline di settore sia economiche che tecniche”*, il Consiglio di Stato ha sostenuto che tale complessità non può in alcun modo giustificare

“un indebolimento del sindacato giurisdizionale, che, anzi, in questi casi deve essere particolarmente approfondito, specie sotto il profilo dell'attendibilità, della ragionevolezza e della adeguata motivazione, proprio al fine di evitare che l'utilizzo della tecnica possa giustificare una forma di arbitrio nell'esercizio della regolazione”;

e che il giudice *“deve riutilizzare gli stessi criteri tecnici usati dal regolatore”* in modo tale da poter *“verificare dall'interno”* se la scelta regolatoria è *“attendibile e ragionevole”*.

¹⁵⁹ Cfr. Pizzorusso, A., *Fonti del diritto*, Bologna - Roma, 2011, p. 496.

Nel caso di cui si è occupato il TAR aveva invalidato il provvedimento regolatorio poiché si era “*arrestato in superficie*”, reputando del tutto “*irragionevole e non adeguatamente motivato tutto ciò che sfugge alla immediata comprensione del profano*”. Viceversa, come ha sostenuto il Consiglio di Stato, il giudice amministrativo deve “*andare oltre le apparenze*” e appurare la “*effettiva razionalità*” delle scelte regolatorie.

Una importante demarcazione delle possibilità per il giudice è fornita sempre dalla sesta sezione del Consiglio di Stato mediante la sentenza n. 2888/2015 inerente alle tariffe di trasporto del gas.

La sentenza è andata ben oltre, in maniera definitiva, quelli che erano i vecchi criteri del “*sindacato forte*” e del “*sindacato debole*”¹⁶⁰, sostenendo che il giudice, pur non potendosi rimpiazzare al regolatore, non può limitarsi “*ad un esame estrinseco della valutazione discrezionale (secondo i noti parametri di logicità, congruità e completezza dell'istruttoria)*”, dovendosi, invece, estendere

“*all'esatta rappresentazione dei fatti, all'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della correttezza dei criteri applicati, secondo i parametri della disciplina nella fattispecie rilevante: quanto sopra in coerenza con il principio costituzionale e comunitario di effettività della tutela giurisdizionale*”¹⁶¹⁻¹⁶².

¹⁶⁰ Deodato, C., *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida ANAC*, in www.federalismi.it, n. 3/2017.

¹⁶¹ Sull'effettività Abbamonte, G., *Completezza ed effettività della tutela giudiziaria secondo gli artt. 3, 24, 103 e 113 Cost.* in Studi in onore di Benvenuti, F., Modena, 1996; Galvazzi, G., *Effettività* (principio di), in Enciclopedia giuridica., XII, Roma, 1988, p. 420; Tra i contributi successivi al c.p.a. Mari, G., *La giurisdizione amministrativa*, in Sandulli, M. A., (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, p. 61; Sandulli, M. A., *Principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico* di Sandulli, Aldo M., in *Dir. e soc.*, 2016; *ID.*, *Poteri dei giudici e poteri delle parti nei processi sull'attività amministrativa*, in www.federalismi.it, n. 18/2015. Sull'effettività della tutela al giudizio amministrativo, ex multis, Cons. St., sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4266.

¹⁶² Chiarelli, M., *La soft regulation e il caso delle nuove linee guida ANAC*, in <https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/02/La-soft-regulation-e-il-caso-delle-nuove-linee-guida-ANAC.pdf>

Capitolo 3

L'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle Linee Guida ANAC

1. Il principio di legalità e il sindacato del giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità

La durevole indeterminatezza in merito all'ampiezza e alla consistenza della potestà cognitiva del giudice amministrativo rammenta nuove ponderazioni per ciò che concerne la latitudine del sindacato giurisdizionale della legittimità degli atti nei quali vanno declinandosi le funzioni pubbliche (tanto amministrative quanto normative) e sul ritaglio dei pertinenti spazi di insindacabilità (i quali, come tali, devono concepirsi immuni dalle intromissioni giurisdizionali).

Il tema, che tiene impegnato da molto tempo giurisprudenza e dottrina¹⁶³ (oltre il legislatore) in un'opera costante di puntualizzazione di diversi ambiti, potrebbe anche considerarsi abbastanza meditato e definito, al termine di una serie di approdi ricostruttivi e dogmatici stabili e fidati, ma potrebbe anche intendersi ancora necessitante di ulteriori approfondimenti, che ne consentano una più scrupolosa catalogazione (riferibile a nuovi oggetti contenziosi, come, per l'appunto, le linee guida dell'ANAC).

In special modo, deve registrarsi una lapalissiana (e alquanto fisiologica) difficoltà di approfondire norme universali in merito alla consistenza del controllo di legittimità della funzione amministrativa. Infatti, la discussione circa la dicotomia tra controllo forte e debole (in particolar modo sugli atti delle autorità amministrative indipendenti) e sul sindacato estrinseco o intrinseco (in special modo degli atti contrassegnati da discrezionalità tecnica) palesa tutta la sua debolezza, andando a scontare le numerose difficoltà correlate alla sin troppa eterogeneità della conformazione normativa delle

¹⁶³ Travi A., *Giurisdizione ed amministrazione*, in Aa. Vv., *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, Atti del Convegno di Copanello, a cura di Manganaro F., Romano Tassone A., Saitta F., Milano, 2013; Mattarella B.G., *Discrezionalità amministrativa*, in Cassese S., *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano.

funzioni giudicate, mostrando, in tal modo, la sua incapacità di offrire soluzioni valide (in astratto) per tutti tipi di esplicazione dei pubblici poteri¹⁶⁴.

A ben vedere, ogni norma attributiva del potere risulta strutturata sulla base di uno schema assai peculiare che rende impossibile l'affermazione di paradigmi univoci e universali e che obbliga a circoscrivere l'indagine alla formulazione di canoni per forza generici (benché funzionali ad essere declinati alla precisa fattispecie normativa e amministrativa presa in esame).

Serve ora definire un paradigma oggettivo e adeguato a delineare i confini entro i quali può essere giudicata la funzione amministrativa esercitata, senza andare ad occupare l'ambito riservato dall'ordinamento all'amministrazione (e senza che possa essere eroso dalla giurisdizione). Da questa angolatura, deve ricordarsi come la giurisdizione amministrativa (sebbene le recenti evoluzioni della sua interpretazione verso i nuovi, ma indeterminati, approdi del "giudizio sul rapporto" e della satisfattività della tutela erogabile) rimane contrassegnata dal carattere del controllo dell'esatto esercizio delle funzioni pubblicistiche¹⁶⁵. Infatti, nella prospettiva tipica delle democrazie liberali, l'ambito di libertà dei cittadini può essere validamente conformato o circoscritto dall'autorità amministrativa solamente nel fedele esercizio dei poteri ad essa conferiti da una legge. E in capo al giudice amministrativo spetta proprio il controllo della coerenza dell'esplicazione della funzione con la disposizione legislativa che la fonda e la disciplina e, pertanto, del rispetto del principio di legalità (esplicitato nella nostra Costituzione dagli artt. 23, 25 e 97, ma che viene considerato un principio generale dell'ordinamento).

Ora, se non appare problematico l'accertamento giudiziario inerente al controllo della competenza dell'organo che ha assunto l'atto o al rispetto dei vincoli prestabiliti dalla legge all'esercizio della funzione (ossia, dei vizi di incompetenza e di violazione di legge), appare maggiormente complicato la valutazione dell'esattezza dell'impiego degli spazi di discrezionalità assegnati dalla norma all'amministrazione. In tal caso, giunge in aiuto la categoria di invalidità definita come "eccesso di potere", concepito quale deviazione dalla

¹⁶⁴ Per una ricostruzione inerente al dibattito in parola si veda Cintioli F., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, Giuffrè, 2005.

¹⁶⁵ Corte Cost., sent. 6 luglio 2004, n. 204. Giannini M.S., Piras, A. *Giurisdizione amministrativa*, in Enc. dir., vol. XIX, Milano, 1970; Satta F., *Giustizia amministrativa*, in Enc. dir., Milano, 2002.

fisiologica preordinazione dell'attività provvedimento alla cura dell'interesse pubblico che raffigura la causa del conferimento della potestà esercitata¹⁶⁶.

Più che ragionare, in termini astratti, sulla latitudine del potere cognitivo del giudice, dovrebbe prendersi in esame, in concreto, il problema con riguardo a ogni schema provvedimento, oltre che al precetto legale di riferimento. Sennonché, i bisogni di catalogazione dogmatica del contesto dei poteri del giudice amministrativo impongono una generalizzazione della soluzione. Allora, si rivelerebbe sicuramente più utile una ricostruzione che si basi, più che su inadeguate formule definitorie astratte, su uno studio della struttura delle norme attributive della funzione, che identifichi i paradigmi oggettivi del sindacato giurisdizionale negli oneri procedimentali nei quali essa si declina e che definisca i limiti del sindacato in maniera coerente con l'individuazione dell'oggetto del giudizio amministrativo nel controllo dell'esatto esercizio del potere.

2. L'effettività della tutela giurisdizionale come paradigma di definizione dei confini del sindacato del giudice amministrativo

Prima di spiegare e approfondire maggiormente un criterio concreto ed affidabile di definizione degli ambiti entro i quali deve svilupparsi il sindacato giurisdizionale amministrativo, è sicuramente indispensabile individuare quello che è il parametro generale alla cui stregua deve essere limitato il relativo perimetro.

Il paradigma che deve sorvegliare e indirizzare l'indagine non può che individuarsi nel principio generale di effettività della tutela¹⁶⁷.

Questo canone, attuativo di diritti costituzionali (artt. 24, 111 e 113) e di principi sovranazionali (sia eurounitari¹⁶⁸ che riferibili alla CEDU¹⁶⁹), ma ormai codificato anche all'art.1 del c.p.a., non esprime una mera, ed elastica, coordinata ermeneutica e deve

¹⁶⁶ Gasparri P., *Eccesso di potere*, in Enc. dir., XIV.

¹⁶⁷ In generale, sull'effettività: Abbamonte G., *Completezza ed effettività della tutela giudiziaria secondo gli articoli 3, 24, 103 e 113 Cost.*, in Studi in onore di Benvenuti F., Modena, 1996.; G. Galvazzi, *Effettività (principio di)*, in Enc. giur., vol. XII, Roma, 1988, p. 420; Tra i contributi più recenti, successivi al c.p.a.: Mari G., *La giurisdizione amministrativa*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di Sandulli M.A., vol. I, Milano, Giuffrè, p. 61 ss. e ivi, Pietrosanti A.G., *I principi generali del processo amministrativo*, p. 111 ss.; Sandulli M.A., *Principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico di Sandulli Aldo M.*, in Dir. e Soc. 2016; ID., *Poteri dei giudici e poteri delle parti nei processi sull'attività amministrativa (dall'unificazione al Codice)*, in www.federalismi.it, 2015, 18. L'applicazione del principio di effettività della tutela al giudizio amministrativo è affermata, ex plurimis, da Cons. St., sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4266.

¹⁶⁸ Tra le tante, Corte di Giustizia UE, sez. V, 6 ottobre 2015, n. 61.

¹⁶⁹ Tra le tante, Corte Europea dei diritti dell'uomo, sez. IV, 17 novembre 2015, n. 35532

intendersi come un vincolo cogente (diretto a tutti gli operatori del diritto, oltre che al legislatore nazionale) alla scelta e all'applicazione dell'opzione interpretativa che meglio garantisca la completezza della salvaguardia delle posizioni soggettive incise dall'esercizio di poteri amministrativi.

In altre parole, l'indagine inerente alla questione dell'intensità del sindacato giurisdizionale amministrativo deve ubbidire al bisogno di garantire ai cittadini una protezione effettiva, e non solamente apparente, del loro interesse a che le potestà pubbliche vengano usate in maniera corretta.

A fronte di un maggior numero di opzioni ricostruttive della latitudine dei poteri di cognizione del giudice amministrativo, dev'essere preferita, sebbene con la limitazione che verrà puntualizzata nel paragrafo che segue, quella che consente una conoscenza totale dei presupposti dell'utilizzo del potere giudicato e una valutazione penetrante della scelta (sebbene discrezionale) posta in essere con l'atto impugnato e, pertanto un controllo completo dell'esatto esercizio della funzione¹⁷⁰.

3. La “riserva di amministrazione” come (esclusivo) limite alla cognizione del giudice amministrativo

Se, da un lato, è vero che deve essere garantita una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, dall'altro, è allo stesso modo vero che, a tale necessità, resiste uno spazio riservato dall'ordinamento alla potestà decisoria dell'amministrazione e che non può essere occupato dal sindacato giurisdizionale.

La “riserva di amministrazione”, che deve intendersi giustificata dal principio costituzionale della separazione dei poteri, resta di difficile comprensione in ordine ai limiti della sua estensione. Tuttavia, sembra enucleabile un canone interpretativo attendibile nella proibizione di sostituzione del giudice all'amministrazione nell'esercizio della discrezionalità.

Come verrà meglio spiegato nelle pagine a seguire, la norma attributiva del potere può essere ‘edificata’ mediante la puntuale definizione delle situazioni che legittimano l'esercizio della funzione, ovvero attraverso la previsione di presupposti elastici.

¹⁷⁰ Sulla “pienezza” del sindacato amministrativo vedi anche Patroni Griffi F., *Notazioni in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti del consiglio superiore della magistratura*, in Gius. Civ. n. 4 – 2015.

Naturalmente, il problema concernente la riserva di amministrazione si pone solamente nella seconda ipotesi, atteso che nel primo caso non è in alcun modo ipotizzabile una sostituzione del giudice in una scelta che la legge ha già configurato sulla base di canoni esatti e cogenti. Invece, se la scelta provvedimento resta nelle mani di una valutazione discrezionale circa la sussistenza dei presupposti e sulla consequenziale e coerente comparazione degli interessi implicati nel procedimento, occorre delineare una sorta di confine (che non può essere valicato dal giudice amministrativo) che sia in grado di delimitare lo spazio che deve restare riservato all'attività valutativa dell'amministrazione titolare della funzione¹⁷¹.

Pur nella complessità, di non poco rilievo, di approfondire un criterio stabile e univoco, si rivela, in ogni caso, utile chiarire che, nei casi in cui, a fronte di un'istruttoria completa, attenta ed esaustiva, residuino differenti opzioni provvedimentali – tutte nel medesimo modo adeguate a concretizzare l'interesse pubblico affidato alla cura dell'amministrazione precedente – la scelta tra di esse deve restare a quest'ultima. Volendo usare altre parole, dunque, una volta appurato che l'amministrazione ha ossequiato fedelmente quelle che sono le garanzie procedimentali, acquisito nella maniera idonea tutte le informazioni concernenti i presupposti dell'adozione del provvedimento e tenuto conto degli interessi privati emersi nel procedimento, l'opzione dispositiva deve restare ad essa riservata, senza che il giudice possa operarla al posto dell'autorità amministrativa competente.

Simile ricostruzione appena proposta resta valida anche nello schema logico-dialettico dell'annullamento dell'atto e del ri-esercizio del potere, che comporta proprio il rispetto della "riserva di amministrazione", nella misura in cui il controllo sul nuovo esercizio del potere dovrà interrompersi al controllo del rispetto dell'effetto conformativo determinato dalla prima decisione demolitoria, ma non potrà mai estendersi fino a valutare l'opportunità della nuova scelta, se pronunciata nel rispetto delle regole cristallizzate nel giudicato di annullamento. Infatti, come chiarito dalla giurisprudenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione, mediante un indirizzo univoco e piuttosto consolidato¹⁷², la decisione che trascenda sino alla definizione vincolante della regola del caso concreto e che, pertanto, si risolva in una sorta di sostituzione del giudice all'amministrazione, nella scelta discrezionale del provvedimento più adeguato ad appagare appieno, nella fattispecie

¹⁷¹ In tema di valutazione di impatto ambientale, Ferrara R., *La valutazione di impatto ambientale fra discrezionalità dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in Foro amm. TAR, 2010, 10, 3179.

¹⁷² Si veda, ex multis, Cass. Civ., SS. UU., 17 novembre 2016, n. 23396.

concreta, l'interesse pubblico che è causa del potere scrutinato, resta colpita dal vizio di eccesso di potere giurisdizionale.

4. L'area della *potestas iudicandi* in rapporto alla natura del potere esercitato

È chiaro come la descrizione dell'ambito cognitivo del giudice amministrativo resti condizionata, innanzitutto, dalle peculiarità del potere giudicato o, meglio, dalla struttura della norma che conferisce un determinato potere. Infatti, quest'ultima può atteggiarsi secondo diversi schemi.

La evidente eterogeneità delle norme che attribuiscono la funzione, la quale, poi, si risolve, nel paradigma di legalità dell'esercizio del potere, rende impossibile catalogare salde e astratte coordinate interpretative dell'estensione del sindacato giurisdizionale, ma acconsente, tuttavia, a una ricostruzione logico-dogmatica delle differenti ipotesi della struttura del precetto legislativo che fonda l'adozione dell'atto e della conseguenziale consistenza degli spazi del suo valutazione giurisdizionale.

La norma che conferisce la funzione consiste, senza dubbio, nell'individuazione dell'autorità titolare della competenza e dei presupposti disposti per il suo valido esercizio, mentre, sovente, a restare implicita è la "causa" del potere (ossia, l'interesse pubblico al cui gradimento resta preordinata la funzione) e che appare, tuttavia, facilmente desumibile da un'interpretazione sistematica dell'insieme delle norme inerenti al settore ordinamentale di riferimento e che motivano la medesima istituzione dell'autorità amministrativa competente.

Ora, mentre la titolarità della competenza deve contemplarsi nell'ambito del precetto legislativo, nel rispetto di quanto disposto dal principio di legalità, la definizione dei presupposti per l'esercizio della funzione (e, quindi, per l'adozione del provvedimento) può essere stabilita in modo esatto e, quindi, servendosi della puntuale e cogente descrizione della situazione (di fatto o di diritto) che acconsente all'assunzione della decisione amministrativa, ovvero con riguardo a concetti elastici.

In tale ultima ipotesi, che è sicuramente più solita rispetto alla prima, la disposizione legislativa può essere costruita in maniera tale da lasciare all'amministrazione un ambito interpretativo di condizioni riferite all'*an*, al *quid*, al *quomodo* o al *quando* dell'esercizio

del potere. Infatti, le varie esigenze regolative astrattamente supponibili impediscono la definizione di uno schema unitario della norma attributiva del potere e, viceversa, obbligano un modello normativo duttile, che renderà possibile, a mano a mano, la scelta dell'opzione maggiormente idonea alle esigenze regolative rimarcate dalle singole fattispecie oggetto di disciplina.

In altre parole, quindi, potranno palesarsi casi in cui la riserva all'amministrazione della scelta sul "se" provvedere appare adeguata a un'esatta configurazione del potere amministrativo e altri in cui, diversamente, risulterà più idoneo lasciare all'autorità procedente la decisione in merito ai tempi, ai contenuti del provvedimento o alle medesime modalità dell'adozione dell'atto.

Naturalmente, il rispetto delle regole di una buona ed efficace normazione necessita la coerenza della scelta dell'uno o dell'altro modulo con quelle che sono le reali esigenze di configurazione del potere pubblico disciplinato, apprezzate unitamente a una proporzionata valutazione degli interessi privati implicati dall'esercizio della funzione.

Volendo concludere, la norma attributiva del potere descrive i presupposti del suo esercizio, ma lo fa in modo completamente differente e non catalogabile sulla scorta di un unico schema, sicché la discussione in merito alla natura (intrinseca o estrinseca, forte o debole) palesa tutti i suoi limiti, nella misura in cui cerca di classificare, sulla base di canoni generali e astratti, i caratteri del sindacato giurisdizionale, riferito, tuttavia, al controllo dell'ossequio di paradigmi legislativi integralmente eterogenei tra di loro. Come ben può immaginarsi, il problema si pone unicamente per le fattispecie in cui il precetto primario risulti 'edificato' sulla scorta dello schema che lascia all'amministrazione procedente la valutazione di una o più delle condizioni – descritte dalla legge con riguardo a nozioni elastiche – che autorizzano (o impongono) l'adozione del provvedimento.

Invece, resta assai più semplice la ricostruzione della potestà cognitiva del giudice amministrativo dinanzi ad atti (che, tuttavia, sono da considerarsi sempre più cosa rara) totalmente vincolati (ossia, per i quali la legge dispone precisamente e in maniera cogente ogni aspetto dell'esercizio della relativa funzione) e per i quali si rivelerà necessario solamente monitorare, anche per mezzo di un accesso pieno al fatto, la sussistenza dei presupposti che autorizzano (o impongono) l'adozione del provvedimento (e per i quali deve avvertirsi come ammissibile l'azione di adempimento).

5. Il controllo dell'istruttoria e della motivazione come paradigma del sindacato della discrezionalità

Allora, per ciò che concerne la decodificazione della consistenza del sindacato dei profili di discrezionalità, si rivela maggiormente fruttuoso un differente approccio ricostruttivo, che si fondi in special modo sul controllo del rispetto di due oneri procedimentali, i quali si mostrano alquanto idonei, se scrupolosamente scrutinati, a rivelare la corrispondenza del provvedimento giudicato al criterio legale di riferimento, andando in tal modo a 'dequotare' il dibattito astratto sul tipo di sindacato esercitabile, o sulla sua qualificazione semantica.

A ben vedere, l'espletamento corretto di ogni funzione amministrativa contrassegnata da qualche aspetto di discrezionalità invoca la essenziale acquisizione di tutte le informazioni che possono riferirsi alla situazione, di fatto e di diritto, destinata ad essere condizionata e colpita dal provvedimento e la riflettuta riflessione delle relative risultanze ai fini dell'adozione della determinazione in maggior misura coerente con la causa del potere.

In altre parole, l'adozione di un atto legittimo abbisogna certamente che l'amministrazione abbia del tutto appagato gli oneri concernenti un'istruttoria completa e una motivazione coerente e logica¹⁷³.

Il controllo relativo all'accuratezza dell'istruttoria e alla ragionevolezza della motivazione esauriscono il sindacato giurisdizionale sul corretto esercizio della discrezionalità e sul rispetto del precetto portato dal paradigma legale di riferimento.

L'acquisizione esaustiva di tutte le informazioni concernenti le condizioni di esercizio del potere e l'esplicitazione chiara e coerente delle motivazioni delle ragioni sulla base delle quali, a fronte della situazione appurata nell'ambito istruttorio, l'amministrazione ha operato la scelta dispositiva consacrata nell'atto come la più adeguata ad appagare l'interesse pubblico affidato alla sua cura rivelano la correttezza dell'utilizzo della discrezionalità ad essa riservata dalla legge. Invece, l'individuazione di una serie di manchevolezze nell'attività acquisitiva di informazioni ovvero di veri e propri vuoti o di profili di irragionevolezza o di contraddittorietà nella motivazione del provvedimento

¹⁷³ Giannini M.S., *Motivazione dell'atto amministrativo*, Enc. Dir., XXVII, Milano, 1977, 268 ss.; Romano Tassone A., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987. Recentemente: Cardarelli F., *La motivazione del provvedimento*, in Codice dell'azione amministrativa, cit.; F. Aperia Bella, *La motivazione*, in *Principi e regole*, cit.

mostra, di per sé, quantunque in senso sintomatico, la deviazione dall'esatto esercizio della funzione, nel ché si risolve il vizio di eccesso di potere.

Dunque, un controllo assai rigoroso dell'istruttoria e della motivazione esaurisce il sindacato del giudice amministrativo sul corretto utilizzo della discrezionalità e rende possibile uno scrutinio satisfattivo e pieno dell'esercizio del potere, indipendentemente dalle formule lessicali definitorie.

Tuttavia, affinché la tutela possa dirsi effettiva e piena, occorre sia che il controllo concernente l'istruttoria si spinga fino a una completa verifica della veridicità dei fatti acquisiti, sia che l'analisi della motivazione possa estendersi fino al giudizio della accettabilità dell'iter argomentativo descritto nell'atto, ossia della verosimiglianza e della coerenza logiche delle ragioni estrinsecate nella motivazione, in via intrinseca ma anche in rapporto alle acquisizioni informative operate con l'istruttoria (incluse le ragioni eventualmente esposte dai privati che hanno preso parte al procedimento).

Tuttavia, se il controllo della completezza del supporto conoscitivo si basa su criteri oggettivi, dovendosi solamente monitorare che l'amministrazione procedente abbia provveduto all'acquisizione di tutte le informazioni strumentali ad attribuirle una totale consapevolezza della situazione, di fatto e di diritto, volta ad essere conformata dall'attività provvedimentale, l'analisi della motivazione obbedisce a canoni meno certi (anche se allo stesso modo affidabili).

Il controllo della coerenza e della logicità che caratterizzano la motivazione, per quanto atto ad esaurire lo scrutinio del corretto esercizio della discrezionalità, non può limitarsi al semplice riscontro della completezza e della credibilità delle ragioni espresse a supporto della scelta provvedimentale, ma, altresì, deve estendersi anche al sindacato della funzionalità delle argomentazioni, e della consequenziale scelta dispositiva, alla concretizzazione del fine legale dell'atto.

A tale proposito, si deve rammentare che l'attività amministrativa non può mai essere considerata libera, dovendo essere sempre giudicata vincolata al raggiungimento degli scopi del potere esercitato, sicché il controllo giurisdizionale sulla funzione non può eccettuare da uno studio della coerenza della scelta provvedimentale con il suo scopo legale (intendendosi per tale la causa del potere). E questo studio dovrà rispettare pedissequamente il percorso logico di seguito esposto.

In primis, il giudice dovrà individuare la finalità del potere (quasi mai enunciato nella norma, ma facilmente desumibile in via ermeneutica), successivamente, procederà a controllare la base conoscitiva acquisita dall'amministrazione, poi, esaminerà i contenuti della misura decisa e ne giudicherà, infine, la coerenza con gli scopi legali della funzione espletata (attraverso l'esame della motivazione che ne dovrebbe mostrare il supporto logico). Tale ultimo scrutinio dovrà, inoltre, articolarsi in un doppio controllo: l'indagine della coerenza della misura col fine legale dell'atto (ossia, la sua preordinazione ad appagare gli scopi del potere esercitato) e il controllo della sua proporzionalità¹⁷⁴ (da concepirsi quale limite, di matrice europea, ma, ormai, recepito come un canone basilare dell'azione amministrativa all'esatto esercizio della funzione), e, cioè, della assennatezza dell'equilibrio che implica tra il sacrificio imposto agli interessi privati e i vantaggi prodotti a quello pubblico.

Se la prima analisi è alquanto semplice, la seconda, al contrario, mostra lapalissiane difficoltà, nella misura in cui postula logicamente un giudizio comparativo degli interessi contrapposti (e della correlata meritevolezza di protezione), in rapporto ai contenuti dispositivi della misura. Tuttavia, sovviene un criterio di esame abbastanza oggettivo, individuabile nella prospettazione – il cui onere deve intendersi onerare sulla parte che discute l'illegittimità dell'atto – di ipotesi dispositive alternative, allo stesso modo idonee a concretizzare il fine legale, ma meno afflittive per il privato.

Ora, a fronte di tale verosimile argomentazione, il controllo della motivazione non potrà più fermarsi al controllo dell'esplicitazione (unicamente) di motivi adeguati a giustificare la strumentalità dell'atto al raggiungimento del fine e, pertanto, a legittimare la sua adozione (sulla base di uno schema giuridico-formale), ma dovrà estendersi fino alla valutazione dell'articolazione di ragioni convincenti della coerenza del provvedimento con gli scopi della funzione, non solo con riferimento alla sua caratteristica logicità, ma anche con riguardo alla mancanza di opzioni alternative, allo stesso modo valide, ma maggiormente miti (per il destinatario dell'atto).

La mancanza di questa argomentazione ovvero la sua infondatezza, assieme alla comprovata presenza di ipotesi dispositive in minor modo afflittive per il privato (ma allo stesso modo efficaci), palesano la violazione del canone di proporzionalità e, pertanto, la

¹⁷⁴ Galetta D.U., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Principi e regole*, cit.; Id., *Il principio di proporzionalità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit.; Trimarchi Banfi F., *Canone di proporzionalità e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 2, 2016, 361.

scorrettezza dell'esercizio del potere, in quanto fondato su un giudizio irragionevole di bilanciamento di tutti gli interessi implicati.

Con diverse parole, andando a scomporre l'attività provvedimentale nei tre momenti logici nei quali si articola (ossia, quello conoscitivo, quello valutativo e quello dispositivo), il controllo dell'istruttoria e della motivazione si mostra completamente inadeguato a permettere e ultimare uno scrutinio integralmente soddisfacente del rispetto del principio di legalità, andando a comprendere, in esso, anche il controllo della conformità dell'attività giudicata alla causa legale del potere esercitato.

Naturalmente, questa astratta ricostruzione sconta (come in ogni generalizzazione) il limite logico correlato all'eterogeneità dei differenti tipi di esplicazione delle pubbliche funzioni, nella misura in cui il canone della proporzionalità assume un rilievo diverso a seconda della natura dello scopo legale (risultando meno intenso a fronte di interessi sensibili) e dello schema del potere esercitato (non potendo trovare applicazione nella stessa misura all'esercizio di potestà autorizzatorie e di funzioni ablatorie).

Pur nella chiara difficoltà di provvedere a una definizione dei canoni universali per tutte le tipologie di potere, occorre certamente porre in risalto come l'esercizio di poteri autorizzatori concernenti libertà economiche – là dove la disciplina di riferimento resta sempre più costruita attraverso la diminuzione del potere discrezionale amministrativo e il graduale aumento delle garanzie di esercizio dei diritti di iniziativa privata – impone uno scrutinio del rispetto del canone di proporzionalità, sulla scorta di parametri assai rigidi che, a fronte dell'omessa dimostrazione di alternative provvedimentali meno restrittive, obbligano, anche nel rispetto del diritto euro-unitario, a prediligere un'opzione liberale e di giudicare illegittima la misura negativa che è stata formalizzata anche dinanzi a ipotesi provvedimentali che imponessero un sacrificio minore al privato¹⁷⁵.

Resta inteso che, una volta appurata l'esattezza dell'istruttoria e della motivazione dell'atto, in ragione dei canoni poc'anzi puntualizzati, deve avvertirsi come precluso al giudice un'invasione nella valutazione dell'opportunità della scelta dispositiva, da intendersi concernente il merito dell'azione amministrativa e, come tale, inappellabile.

¹⁷⁵ Tropea G., *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. Amm., Riv. Trim.*, fasc. 1-2, 2016.

6. La discrezionalità tecnica

Le considerazioni espletate nel paragrafo precedente permettono di ridimensionare il problema dell'intensità del sindacato degli atti contrassegnati da discrezionalità tecnica¹⁷⁶.

Deve senza dubbio dirsi che quest'ultimo carattere può individuarsi con riferimento a quegli atti per i quali la norma che assegna il potere dispone una o più condizioni di esercizio della funzione con riguardo a concetti elastici e che, tuttavia, ai fini della loro valutazione necessitano di cognizioni tecniche (e non giuridiche).

Dunque, si tratta semplicemente di un diverso tipo di discrezionalità, che, invece di riferire la valutazione a concetti solo giuridici, la riconduce a concetti e a nozioni che sono sicuramente indeterminati¹⁷⁷, ma spiegabili e precisabili solo a conclusione di valutazioni tecniche.

La discrezionalità, in tal modo definita, si presenta assai analoga alla discrezionalità amministrativa pura, ossia quella che si basa su concetti indeterminati di decodificazione solamente giuridica, diversificandosi da essa unicamente per il fatto che la realizzazione delle condizioni legittimanti dipende dall'applicazione di moduli valutativi concernenti esperienze e conoscenze specialistiche e settoriali (e non giuridiche).

Dunque, anche in tal caso, il giudizio sul legittimo esercizio della funzione invoca il controllo della corretta valutazione dei presupposti disposti dalla legge. Poi, il fatto che tali presupposti siano previsti in relazione a nozioni tecniche non impedisce il controllo giudiziario del loro corretto accertamento e della coerenza delle relative valutazioni (là dove implicate dalla formulazione del precetto legislativo di riferimento). Infatti, sin dalla nota sentenza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato n. 601 del 1999 è stato sostenuto il principio secondo cui lo scrutinio della legittimità degli atti fattezze da discrezionalità tecnica impone la *“verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il*

¹⁷⁶ Fenni B., *La discrezionalità tecnica e il sindacato del giudice amministrativo*, in diritto.it.; Carpentieri P.; *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in Dir. proc. amm., fasc. 2, 2013, 385; Cintioli F., *Tecnica e processo amministrativo*, in Dir. Proc. Amm., 2004, pagg. 983 e segg.; Baccarini S., *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in Dir. Proc. Amm., 2001, pagg. 80 e segg. Lazzara P., *“Discrezionalità tecnica” e situazioni giuridiche soggettive*, in Dir. proc. amm., 2000, p.212; Schinaia M.E., *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, ivi, 1999, p.1101.

¹⁷⁷ Ferrero E., *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Diritto e processo amministrativo*, 3, 2014, 759; Veneziano S., *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, testo della relazione italiana all'XI Convegno di diritto amministrativo *“Concetti giuridici a contenuto indeterminato e giurisdizione amministrativa”*, organizzato dalla Associazione dei Giudici amministrativi tedeschi, italiani e francesi in Palermo il giorno 14 ottobre 2005, in www.giustizia-amministrativa.it

profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo”, sulla base della ragionevolmente presupposta diversificazione semantica tra opinabilità dell’apprezzamento di una regola tecnica e valutazione, di merito, dell’adeguatezza dell’atto. Ammesso, cioè, che l’opinabilità della valutazione tecnica non estromette il controllo dell’esattezza della sua acquisizione, il controllo giurisdizionale deve estendersi fino a quello dell’attendibilità del processo istruttorio che ha spinto sino alla definizione della regola di azione, disposta astrattamente dal legislatore e saturata di contenuti dall’amministrazione procedente.

Naturalmente, resta fermo, anche in tal caso, il limite della riserva di amministrazione, nel senso che, una volta appurata la correttezza del processo tecnico di definizione in concreto del concetto indeterminato disposto in via astratta nel precetto normativo, resta sicuramente precluso al giudice il sindacato circa la correttezza della scelta finale.

Il metodo di analisi che è stato appena delineato, tra l’altro, risulta convalidato dalla definitiva codificazione della consulenza tecnica d’ufficio come mezzo di prova anche nell’ambito del processo amministrativo (art. 67 c.p.a.) e, in special mood, dalla sua preordinazione anche all’acquisizione di valutazioni che necessitano di determinate competenze tecniche (art. 63, co. 4, c.p.a.)¹⁷⁸.

Quindi, qualsiasi interpretazione riduttiva degli spazi di sindacabilità degli atti contrassegnati da discrezionalità tecnica dev’essere assolutamente scartata, poiché produttiva dell’intollerabile effetto di impedire l’erogazione di una tutela piena.

I bisogni strettamente correlati al principio di effettività della tutela, viceversa, prevedono un’interpretazione piuttosto estesa dei confini del sindacato giurisdizionale degli atti in questione, nella misura in cui il carattere tecnico dell’accertamento e della valutazione dei presupposti di esercizio del potere non possono traspirare in un limite alla conoscenza, da parte del giudice cui spetta la relativa funzione di controllo, della correttezza tecnica, ma anche della coerenza logica, del procedimento valutativo che ha fondato l’assunzione dell’atto giudicato.

Il sindacato della discrezionalità tecnica, in tal modo ricostruito, appare integralmente assimilabile al controllo della legittimità dell’esercizio di una funzione contrassegnata da

¹⁷⁸ Sandulli M.A., *La consulenza tecnica d’ufficio*, in Foro amm. TAR, 2008, 12, 3533. In generale sull’istruttoria processuale dopo l’entrata in vigore del c.p.a., Sinisi M., *L’istruttoria: disponibilità, onere e valutazione delle prove*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di Sandulli M.A., vol. II, Milano, Giuffrè, 2013, p. 215 ss.

discrezionalità amministrativa, sicché anche la consistenza di tale tipologia di esame può considerarsi esaurita da un attento controllo dei profili concernenti l'istruttoria (se, necessita, con l'aiuto di un esperto) e la motivazione.

7. Il sindacato sugli atti di normazione secondaria

La cognizione degli atti di normazione secondaria necessita di un differente approccio al problema dell'ampiezza del sindacato espletabile sulla loro legittimità. Infatti, tale peculiare tipologia di atti amministrativi, si fonda, normalmente, su una norma di legge che conferisce il potere regolamentare (eccetto che per i casi in cui deve intendersi immanente) e che rappresenta il modello alla cui (principale) stregua deve essere valutata la validità del regolamento.

Differentemente che nello schema analizzato con riguardo alle norme attributive di funzioni amministrative (e non normative), in tale fattispecie la norma di legge rinvia solamente all'atto di normazione secondaria la definizione di taluni profili della disciplina stabilita in via primaria.

Ne deriva, pertanto, che il primo parametro di legittimità del regolamento resta la disposizione legislativa sulle cui fondamenta è stato emanato, sia in termini formali (competenza, termini, rispetto degli adempimenti procedurali), che sostanziali (nei casi in cui, ad esempio, la legge dispone i presupposti o, finanche, i criteri dell'esercizio del potere normativo).

Tuttavia, occorre chiedersi se la verifica della coerenza con il precetto legislativo esaurisce e consuma la *potestas iudicandi* del giudice amministrativo sui regolamenti. Ebbene, la risposta è negativa. Il bisogno di effettività della tutela impone un'analisi senza dubbio più approfondita e penetrante della legittimità degli atti di normazione secondaria. Per quanto non possa prendersi in esame ogni singola tipologia di regolamento, risulta comunque enucleabile un paradigma comune di esame della legittimità, da una prospettiva differente da quella giuridico-formale, degli atti normativi di secondo livello. Infatti, allo stesso modo che per gli atti di amministrazione attiva, anche per quelli normativi può essere scrutinato il vizio di eccesso di potere, nei limiti che di seguito verranno puntualizzati. Infatti, se è vero che, in generale, l'attività normativa, diversamente da quella amministrativa, è ritenuta libera nei fini, è allo stesso modo vero, da un lato, che tale libertà resta

configurabile solamente per l'attività legislativa e, dall'altro, che anche quest'ultima, ancorché libera nei fini, resta soggetta allo scrutinio di ragionevolezza da parte della Corte costituzionale, sul presupposto che la libertà non può legittimare l'arbitrarietà o l'irrazionalità dell'atto legislativo¹⁷⁹.

In ogni caso, deve rammentarsi che i regolamenti, diversamente dalle leggi, non possono intendersi allo stesso modo liberi nei fini, nella misura in cui anche i loro contenuti (oltre che la forma) restano protetti dalla disposizione primaria (che palesa quella che è la scelta normativa politica), alla cui integrazione restano vincolati o al rispetto dei cui criteri (per i regolamenti di delegificazione) devono assolutamente attenersi.

Anche i regolamenti, sebbene non ugualmente liberi nei fini (rispetto alle leggi), nella scelta dei contenuti, mantengono alcuni spazi di discrezionalità (ad esempio, nella definizione delle modalità di attuazione del precetto primario), che non possono restare in alcun modo esonerati da uno scrutinio di ragionevolezza e di proporzionalità. Infatti, andando a contestare un controllo giurisdizionale della ragionevolezza dei regolamenti si finirebbe col porre in essere una sorta di area franca degli atti normativi secondari, anche rispetto alle disposizioni legislative. Infatti, mentre queste ultime vengono ormai fisiologicamente scrutinate dalla Corte Costituzionale anche per ciò che concerne il profilo dell'eccesso di potere, i regolamenti, se venisse meno la possibilità di un sindacato penetrante anche della loro ragionevolezza, resterebbero del tutto avulsi rispetto a qualsiasi controllo giurisdizionale in merito alla logicità, all'adeguatezza e alla proporzionalità, delle scelte regolatorie ivi consacrate, con intollerabile (oltretanto incostituzionale) sacrificio dei diritti di tutela dei destinatari della regolazione.

Naturalmente, l'anzidetto giudizio non potrà appuntarsi sulla congruità della motivazione (come nel caso dei provvedimenti amministrativi), atteso che i regolamenti non sono motivati (al netto delle considerazioni in ordine all'utilizzabilità delle relazioni di accompagnamento, e, in special modo, di quella illustrativa e dell'a.i.r., ai fini della comprensione della causa e dello scopo dell'intervento¹⁸⁰), bensì sullo studio della coerenza logica e teleologica dell'intervento precettivo di secondo livello con la *ratio* della disposizione primaria.

¹⁷⁹ Sull'attività normativa della p.a. si veda, per tutti, Sandulli A.M., *L'attività normativa della pubblica amministrazione. Origini, funzioni, caratteri*, Jovene, 1983.

¹⁸⁰ Ci sia consentito citare Deodato C. *La motivazione della legge* in www.federalismi.it. e *L'analisi di impatto della regolazione: adempimento burocratico o strumento di buona politica*, in www.giustamm.it.

Detto in altre parole, quindi, si dovrà appurare, a conclusione di un confronto tra le disposizioni secondarie giudicate e quella primaria, se le prime risultano concretamente e ragionevolmente funzionali all'attuazione del precetto legislativo, ovvero se si scostano dai suoi scopi, ne ostacolano l'operatività o, finanche, ne rappresentano un vero e proprio intralcio alla sua implementazione (risultando, così, illogiche e, di conseguenza, affette dal vizio di eccesso di potere).

Affinché resti garantito uno spazio di libertà (da intendersi come incluso anche nell'attività normativa di secondo livello), occorre, tuttavia, che lo scrutinio giurisdizionale dei profili di ragionevolezza resti realmente limitato al controllo di evidenti discostamenti da quelli che sono i canoni di razionalità e proporzionalità ai quali resta soggetta anche l'attività normativa secondaria, che, diversamente, determinerebbe l'intollerabile conseguenza di permettere al giudice di surrogarsi all'autorità titolare del potere regolativo nella scelta dell'opzione di intervento liberamente giudicata maggiormente confacente. Tuttavia, con l'esclusione della patologica ipotesi da ultimo citata, l'esame della ragionevolezza della scelta regolatoria, pur in ossequio ai vincoli recati dalla disposizione legislativa di riferimento, non può intendersi preclusa al giudice amministrativo, dovendo, anzi, considerarsi fisiologicamente inclusa nell'oggetto del giudizio, nella misura in cui concerne direttamente al controllo dell'esatto esercizio della funzione pubblica giudicata (ancorché avente carattere normativo).

8. Il giudizio di legittimità delle delibere delle autorità amministrative indipendenti

Le considerazioni che sono state eseguite nei paragrafi che hanno preceduto questo che si sta ora affrontando, permettono di declinare i relativi principi anche alla questione (ampiamente sviscerata tanto da dottrina¹⁸¹ quanto da giurisprudenza¹⁸²) dell'intensità del

¹⁸¹ Travi A., *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002, 430 ss.; Giovagnoli R., *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale, Relazione al Convegno Le Autorità Amministrative indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*, 28 febbraio 2013, in www.giustizia-amministrativa.it; Sandulli A. M., *Autorità per l'energia elettrica e il gas*, *Il Foro Amministrativo*, TAR, 2008; Police A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007; Ferrari E., *Il controllo giurisdizionale dell'Autorità antitrust*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999; Napolitano G., *Le autorità indipendenti: norma, procedimento e giudice*, Viterbo, 1998; Lazzara P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; Morbidelli G., *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*; Torni, 2001; Lattanzi F., *Brevi note sul sindacato del giudice amministrativo sugli atti regolatori AGCOM*, in Federalismi.it, settembre 2014; Scoca F.G., *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, Roma, 2007.

¹⁸² Tra le tante, Cons. St., sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2888.

sindacato dei provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti e di completarne, in tal modo, lo studio attraverso il riepilogativo richiamo delle relative coordinate.

Dunque, si rivela utile discernere gli atti di regolazione dalle sanzioni.

Nel caso dei primi, che possono assimilarsi agli atti di normazione secondaria, vengono fatte valere le medesime ponderazioni formulate a proposito di questi ultimi, con le seguenti puntualizzazioni.

L'ordinaria mancanza di criteri e di principi disposti dalle leggi istitutive delle differenti autorità, che si risolve, sovente, in una vera e propria delega in bianco alla regolazione del settore di mercato di riferimento, ha determinato il doppio effetto della dequotazione dei profili di legalità sostanziale, in ragione dell'assenza di parametri legali cui riferire quella tipologia di controllo, e della valorizzazione, sia del sindacato sull'eccesso di potere, sia dei profili di legalità procedimentale¹⁸³ (riferiti alla consultazione e alla partecipazione degli operatori al processo istruttorio e decisionale).

In mancanza di conformazione legislativa dei contenuti della funzione regolatoria, che resta, quindi, carente di cogenti vincoli legislativi ai quali riferire il controllo della legalità della decisione, il sindacato giurisdizionale si è appuntato sia sulla ragionevolezza di quest'ultima, sia sul rispetto delle garanzie partecipative garantire agli operatori.

Detto in altre parole, il controllo di legittimità degli atti regolazione deve immancabilmente fondarsi tanto sul controllo del rispetto del contraddittorio con gli *stakeholders* (e, dunque, sulla loro concreta partecipazione al processo decisionale) quanto sull'adeguatezza delle regole imposte agli operatori, ferma restando l'inviolabilità delle scelte di *policy* regolatoria, quando risultino razionali e deliberate a conclusione di una consultazione effettiva dei soggetti destinatari della regolazione.

Invece, per i provvedimenti sanzionatori (per la maggior parte adottati dell'AGCM) soccorrono le considerazioni già riferite al sindacato degli atti contrassegnati da discrezionalità tecnica¹⁸⁴. Infatti, anche le determinazioni sanzionatorie delle condotte violative delle regole sulla concorrenza, si appalesano fondate su disposizioni legislative

¹⁸³ Giovagnoli R., *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸⁴ Chieppa R., *Le sanzioni delle autorità indipendenti: la tutela giurisdizionale nazionale*, in *Giur.Comm.*, 2013, 240; Sandulli M.A., *I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni Antitrust* in Barucci P., Rabitti Bedogni C. (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Giappichelli 2010.

che fondano il potere sul previo controllo della ricorrenza di presupposti a loro volta definiti con riguardo a concetti indeterminati e determinabili solo a conclusione di uno studio tecnico della pertinente situazione di fatto (basti pensare, ad esempio, alla nozione di mercato rilevante).

Dunque, anche in simile fattispecie, a seguito di una faticosa elaborazione giurisprudenziale si è giunti a un (oramai consolidato) approdo che reputa ammissibile (se non anche doveroso) un sindacato che si vada ad estendere fino al controllo dell'attendibilità, anche mediante un accurato accesso al fatto, della valutazione tecnica posta alla base della determinazione sanzionatoria¹⁸⁵. Dunque, rientrano entro i confini della potestà cognitiva tutte quelle indagini, anche tecniche, che servono a vagliare che l'autorità abbia individuato una soluzione che rientri nel relativo spazio di elasticità.

Tra l'altro, i principi da ultimo compendati hanno ricevuto una recente consacrazione legislativa attraverso la previsione (con l'art.7 del D. Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di recepimento della direttiva 2014/104/UE) della piena conoscibilità, da parte del giudice che deve sindacare la legittimità di deliberazioni dell'AGCM, "*dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata*" e dei "*profili tecnici che non presentano un obiettivo margine di opinabilità*", sicché, limitatamente a simili controversie, la soluzione riconosciuta dalla giurisprudenza deve considerarsi, ormai "legificata".

Al medesimo tempo, deve intendersi estraneo all'area della *potestas iudicandi* la valutazione della opportunità della scelta posta in essere dall'autorità, quando risulti basata su una valutazione tecnicamente e logicamente ammissibile delle condizioni legittimanti, quand'anche ne fosse mostrata un'altra allo stesso modo valida (diversamente il giudizio andrebbe risolvendosi in una ingiusta intromissione nell'alveo riservato al merito dell'attività provvedimentale).

Infine, deve essere sicuramente ridimensionata l'importanza, sul tema della latitudine del sindacato, della natura di merito della giurisdizione sulle sanzioni (art.134, lett. c, c.p.a.), atteso che quest'ultima previsione viene letta come attributiva del potere di intervenire sul

¹⁸⁵ Cons. St., sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302; Siragusa M., Rizza C., *Violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'autorità di concorrenza e diritto fondamentale a un equo processo: lo "stato dell'arte" dopo le sentenze Menarini, KME e Posten Norge*, in *Giur. comm.*, 2013, 408 ss.

quantum della sanzione pecuniaria, e non anche di un sindacato circa l'opportunità della sua adozione¹⁸⁶.

9. I margini di sindacabilità delle Linee Guida dell'ANAC

Una ponderazione peculiare merita la questione inerente all'ampiezza del sindacato giurisdizionale espletabile nei confronti delle linee guida dell'ANAC, in previsione di una loro eventuale, futura impugnazione (d'altronde, espressamente, e, forse, volontariamente, prevista dai medesimi artt. 204 e 213 del D. Lgs. n. 50 del 2016, d'ora innanzi Codice).

L'ardua catalogazione della natura giuridica di tali atti (che ha già spossato la dottrina¹⁸⁷) ha chiaramente complicato lo studio del tema dell'intensità del sindacato giurisdizionale della loro legittimità; e la presente disamina si baserà sulla (condivisa e maggiormente avvalorata) qualificazione delle linee guida vincolanti come regolamenti (ossia, come atti di normazione secondaria) e di quelle non vincolanti come circolari o direttive (ossia, come atti amministrativi generali recanti l'interpretazione della disciplina legislativa primaria e coerenti istruzioni operative alle stazioni appaltanti).

Prima ancora di illustrare quelli che sono i caratteri del sindacato giurisdizionale delle linee guida in questione, occorre premettere alcune considerazioni in merito ai rapporti tra la funzione consultiva esercitata dal Consiglio di Stato su di esse (a conclusione delle facoltative richieste di parere formalizzate a tale proposito dall'ANAC) e quella giurisdizionale incalzata dai ricorsi con cui saranno probabilmente impugate le stesse (insieme ai loro atti applicativi¹⁸⁸).

Eccettuando dalle problematiche concernenti la decorrenza del termine per impugnare le linee guida, dunque, il momento in cui si determina il loro effetto dannoso e viene in essere l'onere del relativo gravame, occorre evidenziare che l'omesso rilievo, nel parere su una deliberazione approvativa di linee guida, di uno o più profili di illegittimità, non ne

¹⁸⁶ Giovagnoli R., op. cit.

¹⁸⁷ Morbidelli G., *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, intervento al 62° convegno di studi amministrativi di Varenna, 22.24 settembre 2016; Cintioli F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, in italiappalti.it; Deodato C., *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustizia-amministrativa.it; De Nictolis R., *Il codice dei contratti pubblici, la semplificazione che verrà*, in www.giustizia-amministrativa.it; ID., *Dalla legge delega al nuovo "Codice": opportunità e profili di criticità*, in www.giustizia-amministrativa.it; Greco R., *IL ruolo dell'ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*; Sandulli M.A., *Crisi economica e giustizia amministrativa*, in *"La domanda inevasa: la verifica delle teorie economiche che condizionano la Costituzione europea e quella italiana"*, il Mulino 2016, anticipata in questa parte in *Poteri dei giudici e poteri delle parti*, cit.

¹⁸⁸ Cfr. Parere della commissione speciale del Consiglio di Stato n. 1767 in data 2 agosto 2016.

impedisce il riscontro in sede giurisdizionale, con il consequenziale annullamento (con efficacia nei confronti di tutti) dell'atto (o della sua parte) ritenuto viziato¹⁸⁹ (allo stesso modo di quanto succede per i regolamenti).

Ciò per almeno quattro ordini di argomentazioni:

1. il giudice investito dell'impugnazione delle linee guida è vincolato, per il principio della domanda, all'analisi delle censure dedotte a supporto del ricorso e non può tralasciare di pronunciarsi su di esse in ragione del rilievo (assolutamente inutile a neutralizzare l'esercizio del diritto costituzionale di difesa) che il Consiglio di Stato aveva ommesso di rilevare, in sede consultiva, il vizio dedotto dalla parte ricorrente;
2. la concreta articolazione della vicenda amministrativa dedotta in giudizio potrebbe mostrare alcuni profili di irragionevolezza non facilmente riconoscibili nella disamina astratta formulata con il parere;
3. lo studio della sequenza atto generale-provvedimento applicativo obbliga senza dubbio il giudice a prendere in esame la legittimità delle linee guida dal punto di vista (del tutto avulso rispetto allo studio espletato in ambito consultivo) della loro concreta appropriatezza funzionale al raggiungimento dell'obiettivo di ottimizzazione della gestione delle procedure o, in ogni caso, della descrizione di un assetto regolativo efficace;
4. le due funzioni sono differenti, sia in termini ontologici che funzionali, autonome e non accavallabili, nella misura in cui quella consultiva serve ad analizzare, astrattamente, la coerenza formale dell'atto, da una prospettiva sistematica e ordinamentale, e la sua efficacia "normativa", dal punto di vista della sua idoneità a determinare esiti attesi dalla regolazione, mentre quella giurisdizionale serve a scrutinare la sua legittimità, in rapporto alla pretesa di annullamento formulata da una parte privata destinataria dei suoi effetti.

Per le stesse, speculari, motivazioni, il rifiuto di un'osservazione o di una condizione formulata con il parere non vincola il giudice alla sua qualificazione come vizio di legittimità. Ciò nonostante, l'omesso adattamento delle linee guida definitivamente approvate all'avviso reso dal Consiglio di Stato in sede consultiva rende obbligatorio uno scrutinio giurisdizionale scrupoloso e penetrante, sempre restando nei limiti del principio

¹⁸⁹ Cintioli F., op. cit.

della domanda (o anche d'ufficio, nei casi circoscritti in cui è permessa la disapplicazione), dei contenuti dell'osservazione o della condizione (restando ipotizzabili differenti gradi di intensità del suggerimento correttivo) e delle conseguenze sulla legittimità della regolazione che ne è seguita (spesso sulla sua ragionevolezza, ma anche sul suo eventuale discostamento rispetto alla finalità dell'intervento regolatorio).

In tal modo spiegato che l'omesso rilievo di aspetti di illegittimità in sede consultiva non impedisce il loro accertamento in sede giurisdizionale (e che il non adeguamento al parere non comporta giocoforza l'illegittimità dell'atto finale), si deve, ancora preliminarmente, puntualizzare che nemmeno la formulazione "discorsiva" delle linee guida ne preclude il controllo di legittimità.

Gli atti in questione sono stati coscientemente e apertamente stesi sulla base di uno stile lessicale diverso rispetto a quello tipico degli atti normativi (pur palesando almeno le linee guida vincolanti, contenuto fondamentalmente normativo), ai fini di un maggiormente agevole intendimento da parte degli operatori.

Senonché, in occasione dell'esame delle prime linee guida, il Consiglio di Stato ha indicato la discrasia tra il carattere cogente delle linee guida vincolanti e la loro esposizione discorsiva e ha consigliato di sistemare tale irregolarità attraverso l'uso di espressioni linguistiche che, sebbene non formulate nel pieno rispetto dei canoni tecnici della normazione, descrivano *"in modo chiaro e preciso il "precetto" vincolante da osservare da parte dei destinatari, pubblici e privati, dello stesso"*¹⁹⁰. Infatti, sembra essere di agevole comprensione il bisogno di provvedere alla definizione, in termini lessicali, della regola di azione diretta agli operatori (siano essi le stazioni appaltanti, le imprese o i professionisti) sulla base di modalità adeguate a palesare, in maniera chiara, il vincolo che si vuole immettere con l'atto di regolazione.

Così come sembra evidente che la formulazione del "precetto" con un linguaggio non adeguato ad esprimere la regola contraddice, di per sé, la medesima natura vincolante dell'atto, andandone a pregiudicare inevitabilmente la medesima funzionalità.

Una volta illustrata l'esigenza posta alla base del rilievo formulato nel parere menzionato, se ne può ricavare che, non solo la formulazione discorsiva delle linee guida, di per sé, non ne ostacola il sindacato giurisdizionale (che risulta imposto, senza esigenza di più articolate argomentazioni, dal sistema di tutela giurisdizionale amministrativa), bensì,

¹⁹⁰ Parere n. 1767/2016 cit., paragrafo 4.2.

viceversa, l'uso di formule lessicali non adeguate ad esplicitare la regola di azione che si è voluta inserire (in attuazione della norma primaria di riferimento) potrebbe, essa stessa, rappresentare un vizio di legittimità dell'atto. Infatti, nel caso in cui le linee guida vincolanti (generate, come tali, dalla legge come funzionali a ultimare e perfezionare la disciplina recata in via primaria) siano formulate (tra l'altro, andando a disattendere l'avviso del Consiglio di Stato) facendo uso di espressioni lessicali non in grado di illustrare la portata del precetto, che consta dell'individuazione precisa di tutti gli elementi che cooperano alla 'edificazione' della regola (ai fini della sua applicazione), potrebbero anche intendersi affette dal vizio di violazione della disposizione legislativa primaria, nella misura in cui ne vadano a precludere la valida operatività, e, in ogni caso, dei principi generali che necessitano del combinato disposto della fonte primaria e di quella secondaria.

E deve ben evidenziarsi come non si tratti di una nostalgia conservatrice della tecnica normativa impiegata per i regolamenti, bensì della necessità, completamente funzionale e coerente con il carattere elastico (ma efficace) della regolazione immaginata dal legislatore delegante, di assicurare il raggiungimento delle correlate finalità di semplificazione regolativa e di efficientamento amministrativo, che resterebbero completamente frustrate dall'utilizzo di un periodare ambiguo ed equivoco (che non potrebbe che essere reputato illegittimo).

Invece, per ciò che concerne il controllo del rispetto del principio di legalità (che, come detto, resta, ancorché dequotato, il principio cardine del sindacato giurisdizionale), deve osservarsi che, anche in tal caso, il legislatore ha impiegato formule integralmente eterogenee e non riconducibili a un unico schema, quanto alla previsione dei contenuti, dei criteri e degli scopi dell'intervento regolativo di secondo livello (affidato all'ANAC). Infatti, possono annotarsi, in merito alle linee guida vincolanti, casi in cui nel Codice sono stati indicati contenuti, criteri e finalità (art. 83, co. 2), altri in cui è stato puntualizzato solamente l'obiettivo (art. 80, co. 13), altri ancora di delega in bianco (art. 31, co. 5), ossia, priva dell'indicazione sia del fine che dei principi alla cui stregua deve declinarsi la regolazione secondaria.

Per ciò che concerne le linee guida non vincolanti, invece, è stata concepita una disposizione generale attributiva del potere di regolazione flessibile e non cogente (art. 213, comma 2), oltre che a una serie di previsioni speciali strutturate sulla scorta del medesimo schema (art. 36, co. 7), costruita come devolutiva all'ANAC di una competenza atipica e

innominata all'adozione e alla ramificazione di istruzioni operative motivate dal raggiungimento delle finalità di efficientamento codificati nella norma generale, ma senza la definizione dell'oggetto delle direttive, né dei criteri nel rispetto ai quali vanno elaborate.

L'enorme varietà dei modelli secondo cui sono strutturate le differenti fonti legislative del potere di regolazione dell'ANAC impedisce la ricostruzione dogmatica di un unico schema di esame della legittimità delle linee guida, e impone di andare a ridimensionare il criterio di giudizio della legalità formale, a vantaggio di quello di un controllo sostanziale sulla ragionevolezza e sulla proporzionalità delle regole cristallizzate con gli atti in questione.

Tuttavia, il controllo giuridico-formale resta ancora consistente sia per quanto riguarda la fase procedimentale, che non può assolutamente tralasciare il controllo dell'ossequio delle garanzie partecipative degli operatori (già segnalata nell'ambito del parere menzionato come un essenziale strumento compensativo del deficit democratico dell'ANAC), sia per le linee guida vincolanti, soltanto per quanto riguarda la conformità dell'atto di regolazione ai vincoli prescritti nella legge (sia che essi facciano riferimento all'oggetto dell'intervento secondario o ai criteri della sua declinazione).

In tale ultimo caso, si tratta di appuntare il giudizio, nel rispetto del principio di legalità, sulla coerenza dell'intervento regolativo di secondo livello con la disposizione legislativa di riferimento.

Naturalmente, l'intensità dello scrutinio dipenderà dalla natura del vincolo disposto dalla norma primaria. Mentre, infatti, risulta piuttosto semplice il riscontro della violazione di legge nella regolazione dichiaratamente vincolante (con le linee guida) di aspetti della disciplina avulsi ai confini descritti dalla disposizione di legge, con l'unica eccezione della loro riconducibilità al potere generale di regolazione non vincolante (ma solamente nel caso in cui le regole viziate da "eccesso di delega" non siano state qualificate esplicitamente come vincolanti), si rivela più debole (ma tutt'altro che precluso) il sindacato sulla deviazione delle linee guida dagli scopi o dai criteri decretati all'interno della legge.

Il carattere elastico della descrizione lessicale sia del fine dell'intervento, sia dei principi della regolazione secondaria non consente (eccetto nelle ipotesi di un gigantesco sviamento) un riscontro immediato e diretto della violazione, ma, al contempo, non lo precludono.

Anzi, un controllo effettivo e soddisfacente del corretto esercizio del potere di regolazione di secondo livello esige che il sindacato vada a estendersi fino allo scrutinio della coerenza logica e funzionale delle linee guida con la *ratio* della potestà normativa esercitata, a condizione che non trascenda nella valutazione di merito della scelta regolativa posta in essere in ossequio ai vincoli decisi dalla norma primaria.

Detta in altre parole, la disamina del giudice dovrà focalizzarsi principalmente sull'adeguatezza della regola d'azione cristallizzata nelle linee guida ad appagare l'interesse regolativo stabilito nella norma primaria. Infatti, per quanto l'obiettivo e i criteri della regolazione secondaria siano disposti per mezzo di formule linguistiche (per forza) riassuntive e generiche, i bisogni regolativi implicati dall'affidamento all'ANAC della relativa potestà "normativa" restano palesemente comprensibili e rendono possibile un controllo giurisdizionale circa la capacità delle linee guida ad appagarle, con l'effetto che il controllo della loro inidoneità al raggiungimento degli scopi imporrà al giudice l'accertamento della loro illegittimità (e il loro annullamento).

Un ragionamento in parte differente deve dedicarsi ai criteri di giudizio applicabili alle linee guida vincolanti emanate sulla scorta di una delega in bianco. Infatti, premesso che la mancanza nella legge, dell'indicazione tanto del fine quanto dei criteri non impedisce un controllo sulla legalità sostanziale delle linee guida, deve puntualizzarsi che il difetto di paradigmi legali cui riferire il relativo scrutinio impone al giudice di portare avanti l'esame nel rispetto dei canoni generali della ragionevolezza e della proporzionalità, ai quali devono in ogni caso obbedire tutti gli atti (amministrativi e normativi), e che andranno, eppure, governati con la stabilità imposta dalla disamina di un atto che resta contrassegnato da un vasto spazio di discrezionalità (nell'individuazione delle soluzioni regolative maggiormente adeguate).

Quantunque con la massima attenzione, dovranno, comunque, essere ritenute viziate da eccesso di potere regole sproporzionate, irragionevoli, inefficaci, ambigue, contraddittorie o confliggenti con la *ratio* della norma primaria (per come ricavata a conclusione di una fisiologica, e doverosa, sua interpretazione). Infatti, una simile regolazione si palesa del tutto sviata, rispetto all'ordinaria e coerente sequenza fonte-primaria-fonte secondaria (che integra il rispetto del principio di legalità), e palesa una evidente deviazione dalla causa del potere normativo esercitato, o, in ogni caso, un errato utilizzo della pertinente

discrezionalità, che integra, di per sé, il vizio di eccesso di potere (e che, pertanto, non può venir meno al giudizio di legittimità).

D'altra parte, la mancanza, nella disposizione legislativa primaria, di vincoli conformativi della normazione di secondo livello non esonera l'ANAC dal rispetto di una serie di canoni recati da fonti superiori, quali, ad esempio, i principi costituzionali della libertà d'iniziativa economica (art.41) e di buon andamento dell'amministrazione (art.97) e quello europeo di tutela della concorrenza (artt.101 e ss. TFUE), i quali devono intendersi cogenti.

Pertanto, ne deriva che il sindacato giurisdizionale della legittimità delle linee guida vincolanti dovrà spingersi fino al vaglio del rispetto dei sopraindicati principi, con l'effetto che dovranno essere giudicate illegittime le linee guida recanti regole che circoscrivono illogicamente l'accesso competitivo al mercato o che determinano una serie di oneri e adempimenti amministrativi sproporzionatamente gravosi (sia per le imprese, sia per le medesime stazioni appaltanti).

Deve verificarsi se, e, in caso affermativo, entro quali limiti, siano impugnabili e sindacabili le linee guida non vincolanti (autorizzate, perlopiù, dall'art. 213, co. 2). La questione, che implica quella (logicamente presupposta) del controllo della consistenza dell'efficacia (e, quindi, della capacità controproducente) della tipologia di atti in esame, può risolversi coerentemente con la formulazione giurisprudenziale riferita alla impugnabilità delle circolari o delle direttive (alle quali le linee guida non vincolanti appaiono assimilabili in termini ontologici).

Dunque, nei casi in cui le linee guida racchiudano istruzioni operative dirette alle stazioni appaltanti, col fine di ottimizzare l'amministrazione delle procedure, ma senza l'enunciazione di precetti cogenti, deve ritenersi che determinino come conseguenza quella di 'obbligare' le amministrazioni destinatarie della direttiva a motivare l'eventuale disapplicazione dell'istruzione, esponendo, diversamente, la sua trasgressione al giudizio di illegittimità per eccesso di potere, mentre nelle ipotesi in cui si limitino ad esprimere l'interpretazione della norma di legge cui accedono devono intendersi completamente carenti di qualunque efficacia giuridica esterna.

Tuttavia, il differente atteggiarsi delle linee guida non vincolanti sinora emanate rende impossibile una catalogazione chiara delle due tipologie di atti, con l'effetto che dovrà appurarsi, ai fini della valutazione inerente alla loro efficacia, la reale costruzione della direttiva: se porta con sé una regola di azione, seppur nelle forme mitigate dell'istruzione

operativa, dovrà intendersi produttiva di conseguenze giuridiche rilevanti (nella misura in cui impegna l'amministrazione ad osservarla o a motivare la sua disapplicazione); se si limita all'esplicitazione del senso della norma primaria (senza, però, indirizzare alle stazioni appaltanti alcun canone di condotta) dovrà ritenersi carente di quell'efficacia.

Allora, le linee guida del primo tipo dovranno impugnarsi quali atti produttivi di effetti giuridici lesivi, se si vuole determinarne l'accertamento della illegittimità e la rimozione. Naturalmente, avrà interesse all'impugnazione (essendone anche onerato) l'operatore che vuole contestare le linee guida quale atto presupposto di quello applicativo ad esse conforme.

Tuttavia, le linee guida potranno essere impugate in via incidentale anche dal soggetto controinteressato in un ricorso proposto contro l'atto applicativo che si è da esse scostato (con o senza motivazione) e che ha interesse a conseguire l'annullamento delle presupposte linee guida, con lo scopo di escludere l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento (a lui favorevole) che le ha disattese (naturalmente per il limitato profilo di tale osservanza). Così come potranno essere conosciute d'ufficio dal giudice che vuole disapplicarle, nei limiti in cui sia permessa la disapplicazione di atti generali presupposti e, in special modo, nei casi in cui venga dedotta dal ricorrente la violazione di una norma regolamentare, che il giudice, tuttavia, ritenga essa stessa vietata in quanto contrastante con la legge (a condizione, tuttavia, che si tratti di un conflitto evidente) alla quale, invece, l'atto impugnato resta conforme¹⁹¹.

In tal modo, riconosciuta l'efficacia lesiva delle linee guida non vincolanti (tra l'altro, ammessa dal medesimo legislatore nella misura in cui ne ha evidenziato l'impugnabilità all'art. 213, co. 2) che indirizzano regole di condotta alle amministrazioni, con il connesso regime di impugnabilità, occorre meglio chiarire i limiti del sindacato della loro legittimità. Come si è già rilevato, la norma generale attributiva del potere di direttiva in questione risulta concepita con l'unica indicazione degli obiettivi della regolazione flessibile affidata all'ANAC, ma senza la puntualizzazione degli oggetti, né dei criteri. Appaiono, allora, si rivelano replicabili, qui, le considerazioni già scritte relativamente alle linee guida vincolanti basate su deleghe in bianco, con le indicazioni che seguono.

La codificazione degli scopi del potere atipico così affidato all'ANAC, e riferiti alla "*promozione dell'efficienza*" e allo "*sviluppo delle migliori pratiche*", rende attuabile uno

¹⁹¹ Cfr. ex multis Cons. St., sez. V, 28 settembre 2016, n.4009.

scrutinio riferito a quei paradigmi, che, quali motivazioni dell'attribuzione della potestà regolativa, fungono da limiti al suo corretto esercizio.

Nel caso in cui, ad esempio, l'istruzione indirizzata alle stazioni appaltanti dovesse mostrarsi, in concreto, anche come conseguenza di fattori di complicazione imprevisti, annunciatrice di difficoltà applicative che rallentano o intralciano l'efficienza, la stessa dovrebbe essere ritenuta illegittima. Così come dovrebbe essere ritenuta viziata una raccomandazione che, anziché sviluppare le best practices, si risolve, alla fine, nella diffusione di una prassi poco produttiva.

Tra l'altro, il carattere non vincolante delle linee guida impone un sindacato meno intenso, siccome diretto a indirizzi flessibili e non cogenti e carente, come tale, di una capacità lesiva uguale a quella di precetti normativi. Tuttavia, per altro verso l'eventuale introduzione, in difetto di una base legislativa abilitante, di regole d'azione presentate, nella formulazione dell'atto, come vincolanti resta invalidata dal vizio radicale di carenza di potere, per la mancanza di una disposizione di legge che ne autorizzi lo svolgimento (e che ne produce, quindi, l'illegittimità).

Pertanto, gli strumenti della regolazione flessibile se adempiono alla condivisibile funzione di consentire una normazione di secondo livello elastica, agile e meno formale di quella regolamentare, non possono, tuttavia, venir meno a un penetrante controllo giurisdizionale del corretto nonché funzionale esercizio della loro potestà, anche perché prodotti da un'autorità carente di legittimazione democratica e, il più delle volte, sulla scorta di disposizioni primarie manchevoli di principi e limiti alla loro emanazione.¹⁹²

Conclusioni

Il progressivo affidamento all'ANAC della lotta alla corruzione latamente intesa e la progressiva dilatazione delle sue funzioni sembrano del tutto coerenti con quelle esigenze di neutralizzazione, che la collettività e le istituzioni politiche esprimono soprattutto nei momenti di crisi. Nella misura in cui la prevenzione della corruzione costituisce un interesse pubblico di grandissimo rilievo, che non è certo estraneo all'Esecutivo e che

¹⁹² Deodato C., *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, 2017.

interseca altri interessi pubblici, diviene evidente che sull’Autorità non è stata riversata una responsabilità meramente tecnico-amministrativa, bensì un potere politico delicatissimo e “in cerca d’autore”.

Da tali considerazioni deriva la necessità di una tutela giurisdizionale che consenta una reale giustiziabilità delle linee guida. Fino a questo momento il sindacato effettuato sulle linee guida in sede giudiziale risulta estremamente limitato, probabilmente, anche grazie alla sussistenza del vaglio preventivo operato dal Consiglio di Stato in sede consultiva.

Nella prassi, infatti, il contenzioso si è concentrato sulle determinazioni adottate dalle singole stazioni appaltanti, senza coinvolgere le linee guida, sia quelle vincolanti sia quelle non vincolanti. In questo modo viene preclusa la possibilità di sindacare le linee guida e, in caso di illegittimità di rimuoverne gli effetti, i quali, come si è ripetutamente evidenziato, sono tutt’altro che trascurabili. Sarà interessante verificare se in futuro ci saranno novità anche sotto questo profilo o se, viceversa, il controllo di legittimità sulle linee guida resterà demandato ai soli pareri del Consiglio di Stato.

Bibliografia

- Arrigoni R. (1995). *Regolazione e gestione delle public utilities: principio di separazione e libera concorrenza nell'applicazione dei principi costituzionali e comunitari*, in Riv. trim. dir. pubbl.
- Barbera A., Coccozza F., Corso G. (1997). *La libertà dei singoli e delle formazioni sociali*, in Amato G., Barbera A., *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna.
- Benetazzo C. (2018). *I nuovi poteri regolatori e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle autorità indipendenti*, in, www.federalismi.it, fasc., n. 5.
- Benvenuti L. (1986). *La discrezionalità amministrativa*, Cedam, Padova.
- Bin R., Pitruzzella G. (2009). *Le fonti del diritto*. Giappichelli, Torino.
- Blando F. (2009). *Questioni in tema di sindacabilità degli atti di nomina delle autorità indipendenti*, in Riv. Dir. Pubbl. ital. com. comp.
- Bombardelli M. (2013). *Le autorità amministrative indipendenti*, in, www.ius-publicum.com.
- Borsellino D. (2007). *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale. Dal difensore civico alla tutela del risparmio*, Cedam, Padova.
- Caianiello V. (2002). *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Milano.
- Campana M. (2017). *Il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa*, in *Salvisjuribus*.
- Caringella F., Protto M. (2001). *Il nuovo processo amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- Caringella F. (2000). *Le amministrazioni indipendenti tra neutralità e paragiurisdizionalità: il problema della copertura costituzionale*, in *Le autorità indipendenti*, Napoli.
- Cassese S. (1996). *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. Cassese, C. Franchini, *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna.
- Casetta E., (2016). *Manuale di diritto amministrativo*. A c. di F. Fracchia. Milano.

- Cattaneo S. (1999). *Agencies e regulation nel Regno Unito*, in *Le autorità indipendenti, da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*. A c., di S. Labriola. Milano.
- Chieffi I. (2010). *La revisione del procedimento amministrativo europeo nelle comunicazioni elettroniche*, in: Riv. It. Dir. Pubbl. comunit.
- Chieppa R. (2007). *Discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica*, tratto da R. Chieppa, V. Lopilato, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, in SIAA.
- Clarich M. (2013). *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna.
- Clarich M. (2005). *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna.
- Clarich M. (1993). *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in Dir. amm.
- Cusumano C. (2018). *I principi dell'azione amministrativa e le forme di autotutela*, in Diritto.it.
- D'Atena A. (1997). *In tema di principi e valori costituzionali*, in Giur. Cast.
- De Benedetto M. (2006). *Autorità indipendenti*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, I, Milano.
- De Marco E. (1999). *Le funzioni delle autorità indipendenti*, in *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*. A c., di S. Labriola. Milano.
- De Vergottini G. (1996). *L'autorità di regolazione dei servizi pubblici*, in *Rass. giur. energ. elettr.*
- Delsignore M. (2001). *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato, nota a Cons. Stato 9 aprile 1999, n. 601*, in *Diritto Processuale Amministrativo*.
- Deodato C., (2017). *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in *Federalismi.it*

- Duret P. (2003). *Autorità ed Agenzie e l'amministrazione in cammino*, in *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*. A c., di P. Cavaleri, G. Dalle Vedove, P. Duret. Padova.
- Eligiato M. (2011). *Origine e natura delle Authorities*, in, www.comparazionedirittocivile.it
- Franchini C. (2018). *L'organizzazione amministrativa dell'Unione Europea*, in *Diritto amministrativo europeo*. A c. di M. Chiti. Milano.
- Fratini M. (a cura di) (2011). *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Cedam, Padova.
- Galli L. (2014). *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: pienezza e bilanciamento del controllo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 4.
- Giannini M. S. (1939). *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano.
- Giuffrè F. (2016). *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in Federalismi.it
- Giuffrè F. (2016). *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'autorità nazionale anticorruzione*, in *L'autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*. A c. di I. Nicotra. Torino.
- Giovagnoli R., *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*, in www.giustizia-amministrativa.it
- Ieva L. (2001). *Autorità indipendenti, tecnica e neutralità del potere*, in *Foro amm.*
- Irelli C. (2009). *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in www.astridonline.it
- Labriola S. (1999). *Le Autorità indipendenti. (Note preliminari)*, in S. Labriola (a cura di), *Le Autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano.
- Lombardo S. (2008). *Le autorità amministrative indipendenti nella prospettiva dell'e-government*, in Fedrealismi.it.

- Lamberti L. (2016). *Considerazioni in tema di sindacato giurisdizionale sulle sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Rivista di diritto amministrativo* diretta da Terracciano G., Mazzei G.
- Longobardi N. (2008). *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino.
- Luca S. (2002). *Problematicità dei tratti caratterizzanti e prospettive di classificazione sistematica delle autorità indipendenti. Una sintesi ricognitiva*, in *Le autorità indipendenti. Una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*. A c., di G. di S. Luca. Torino.
- Manetti M. (1997). *Il Garante della par condicio: potere illegittimo, autorità amministrativa indipendente, o potere dello Stato?*, in F. Modugno (a cura di), *Par condicio e Costituzione*, Milano.
- Mazzantini G., Marzocca M., (2018). *Legittimazione dell'Autorità quale giudice a quo di fronte alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia europea*, in *osservatorio costituzionale (AIC)*. Fasc. 2.
- Merusi F. (2010). *Sul giusto processo amministrativo*, in *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, Napoli.
- Merusi F. (2000). *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna 2000.
- Monfreda N. (2005). *Le autorità amministrative indipendenti, caratteristiche generali e natura giuridica*, in www.diritto.it
- Nicolai S., (1996). *I poteri garanti della costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa.
- Nicotra I. (a cura di) (2016). *L'Autorità Nazionale Anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino.
- Pinelli C. (1997). *Cittadini, responsabilità politica e mercati globali*, in *Riv. dir. cost.*
- Poto M. (2008). *Autorità amministrative indipendenti*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Aggiornamento, I, Torino.

- Predieri A. (a cura di) (1997). *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, I, Milano.
- Preto A., Carotti B. (2016). *Il sindacato giurisdizionale sulle Autorità indipendenti: il caso d AGCOM*, in: Riv. Trim. Dir. Pubblico.
- Ranelletti O. (1912). *Principi di diritto amministrativo*, Napoli.
- Rodotà S. (2002). *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Milano.
- Romano F. (2000). *Verso un nuovo modello di Amministrazione: le amministrazioni indipendenti*, in *Le autorità indipendenti*. A c. di Caringella F., Garofoli R., Napoli.
- Salvia F. (1992). *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Diritto Processuale Amministrativo*.
- Sandulli A.M. (1984). *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli.
- Scoca F.G. (2017). *Diritto Amministrativo*, in *La funzione di regolazione del mercato*, Torino.
- Scoca F.G. (2000). *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Rivista Trim. Diritto Pubblico*.
- Scoca F.G. (1998). *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano.
- Sgueo G. (2007). *Le autorità amministrative indipendenti: genesi, funzioni e ruolo*, in www.diritto.it
- Tortora A. (2019). *La discrezionalità tecnica e il sindacato giurisdizionale delle autorità indipendenti*, in www.contabilità-pubblica.it