

PASQUALE PANTALONE

Ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano

*pasquale.pantalone@unimi.it*

## **REGOLAZIONE INDIPENDENTE E ANOMALIE SOSTENIBILI AL COSPETTO DELLE MATRICI DELLA LEGALITÀ**

### **INDEPENDENT REGULATION AND SUSTAINABLE ANOMALIES FACED WITH THE MATRICES OF LEGALITY**

#### SINTESI

L'attività delle Autorità indipendenti presenta significative criticità per il pieno svolgimento delle libertà economiche sui mercati nei quali esse intervengono e per la democraticità dei processi decisionali che le medesime elaborano e attuano: si tratta di problemi che nascono proprio alla luce del principio di legalità, posto dall'ordinamento fondamentalmente a protezione delle libertà. Col presente lavoro s'intende in particolare verificare come tale principio "reagisca" all'uso della regolazione indipendente – intesa primariamente quale funzione di *law making* del settore o mercato di riferimento – e delle potestà implicite che su di essa si innestano, per poi stabilire sino a che livello l'ordinamento generale tolleri questo significativo cedimento della legalità.

#### ABSTRACT

The activity of the independent Authorities presents significant criticalities for the full development of economic freedoms on the markets in which they intervene and for the democratic nature of the decision-making processes that they elaborate and implement: these are problems that arise precisely in light of the principle of legality, placed by the order basically to protect freedoms. The purpose of this paper is to verify how this principle "reacts" to the use of independent regulation - primarily intended as the law making function of the sector or reference market - and of the implicit powers that are grafted onto it, to then establish to what extent the general system tolerates this significant yielding of legality.

PAROLE CHIAVE: Autorità indipendenti, regolazione, poteri impliciti, principio di legalità.

KEYWORDS: Independent authorities, regulation, implicit powers, principle of legality.

INDICE: 1. Le torsioni del principio di legalità nel sottosistema delle Autorità indipendenti di regolazione: un dibattito ancora attuale – 2. Regolazione indipendente e poteri impliciti: la lettura della dottrina – 3. Segue...: la lettura "indulgente" della giurisprudenza amministrativa – 4. Segue...: brevi cenni alla "lettura sistemica" quale (possibile) chiave esplicativa del fenomeno – 5. Le ricadute della regolazione sull'ordinamento generale: le matrici della legalità – 6. Anomalie e matrice della legalità-indirizzo – 7. Anomalie e matrice della legalità-raffrontabilità – 8. Anomalie e matrice della legalità-prevedibilità – 9. Anomalie e matrice della legalità-procedurale – 10. Anomalie e matrice della legalità per principi – 11. La verifica *a contrario* partendo dalle funzioni – 12. Attenuazioni e compensazioni tra matrici diverse. Dall'oggetto al soggetto – 13. Dalle matrici della legalità al problema della legittimazione democratica e del ricorso coerente alla logica sistemica.

## 1. Le torsioni del principio di legalità nel sottosistema delle Autorità indipendenti di regolazione: un dibattito ancora attuale.

Le torsioni del principio di legalità al cospetto dei compiti (anche e soprattutto) di regolazione affidati a talune Autorità amministrative indipendenti continuano a stimolare le riflessioni della dottrina anche più recente, preoccupata non (sol)tanto di rintracciare un fondamento del soggetto e/o dei poteri a esse affidati<sup>1</sup>, quanto di individuare precisi limiti e convincenti criteri direttivi al loro esercizio<sup>2</sup>.

In assenza di unanimità di vedute in dottrina<sup>3</sup>, va preliminarmente osser-

\* Il contributo riprende e sviluppa alcuni temi analizzati in P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, *passim*.

<sup>1</sup> La dottrina prevalente pare concorde nel ritenere sussistente tale fondamento, che viene talora individuato nella rilevanza costituzionale degli interessi tutelati, talaltra direttamente nell'ordinamento dell'Unione europea, oppure ancora in alcuni dei caratteri distintivi delle *authorities*, come l'indipendenza dall'Esecutivo, la neutralità rispetto agli interessi in gioco e la natura prevalentemente tecnica dei compiti esercitati. Per un'analisi delle principali posizioni emerse in dottrina, v. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, 2007, 137 ss. Cfr., inoltre, senza pretesa di esaustività: N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, 87 ss.; A. BARBERA, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti?*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano, Giuffrè, 1997, 90; M. A. CABIDDU, D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 2000, 13; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2001, 176 ss.; ID., *Il potere regolamentare di ISVAP dopo il Codice delle Assicurazioni*, in *Scritti in onore di Giovanni Grottanelli de Santi*, Milano, Giuffrè, 2007, 599 ss.; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, Cedam, 2002, *passim*; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2002, *passim*; M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Banca impr. soc.*, 2003, 39 ss.; ID., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005, 149 ss.; P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2004, *passim*; F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2006, 43 ss.; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, Giuffrè, 2006, 210 ss.; F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, cit., 205 ss. Peraltro, c'è chi ha rilevato (F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Torino, Giappichelli, 2007, 112) che l'eventuale negazione di un fondamento costituzionale dei poteri normativi delle *authorities* «finirebbe per contraddire il dato palese del consolidamento delle stesse autorità come figure soggettive del nostro panorama istituzionale».

<sup>2</sup> Di recente, cfr. F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Dir. econ.*, 3, 2018, 729 ss., il quale ha individuato sette possibili contrappesi al set di poteri "forti" attribuiti alle Autorità indipendenti, e M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in *Rivista dellaregolazione deimercati.it*, 2, 2018, 172 ss.

<sup>3</sup> Per una descrizione delle varie tesi emerse, anche a livello sovranazionale, v. N. RANGONE, voce «Regolazione», in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, 2006, 5057 ss. e la bibliografia ivi indicata. A favore di una delimitazione della nozione di «regolazione», anche al fine di distinguerla dalla nozione di «concorrenza», cfr. S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in M. D'ALBERTI, G. TESAURO (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000, 12-13, secondo cui essa deve essere limitata «a quelle forme di ingerenza che non sono esterne al mercato, ma che sono parte del mercato, nel senso che contribuiscono a conformarlo», così differenziandosi dalla «con-

vato che la regolazione delle *authorities* (o “regolazione indipendente”) non allude al solo potere regolamentare<sup>4</sup> inteso come potestà normativa in senso stretto<sup>5</sup>; proprio per la sua natura polisemica, le specificità di questa andrebbero, invece, colte sotto un profilo funzionale, nel senso che la regolazione è – in via di principio – un’attività, unitariamente considerata, diretta al corretto funzionamento di un determinato settore di attività private di carattere economico o anche sociale, caratterizzate da un elevato livello di specializzazione: «(e)ssa consiste in un’azione continua di osservazione, regolazione, correzione delle attività che gli operatori del settore pongono in essere, al fine di farle svolgere in modo conforme ai principi e ai valori che di volta in volta vengono individuati dalla legge»<sup>6</sup>.

---

*correnza*», la quale mira, invece, alla sola correzione dei risultati non desiderati dal mercato. Sui rapporti tra regolazione e concorrenza, v. S. VALENTINI, *Diritto e istituzioni della regolazione*, Milano, Giuffrè, 2005, 59 ss.

<sup>4</sup> Per una panoramica generale intorno alle caratteristiche del potere «regolamentare» delle Autorità indipendenti, v. F. POLITI, voce «Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti», in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, X, Agg., Roma, 2001; S. MARZUCCHI, voce «Regolamenti delle Autorità indipendenti», in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, 2006, 5020 ss., la quale tiene distinti i «regolamenti di organizzazione» dai «regolamenti a rilevanza esterna».

<sup>5</sup> Come evidenziato in dottrina (F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, cit., 110-111), tra «regolazione» e potestà regolamentare vi sarebbe, piuttosto, un rapporto di *genus e species*.

<sup>6</sup> F. G. COCA, voce «Attività amministrativa», in *Enc. dir.*, Agg., VI, 2003, 80. Sul concetto di «regolazione», v., *ex multis*, S. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999, 143 ss.; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, Giappichelli, 2002, 19 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, Giappichelli, 2002, *passim*. Per una sintesi recente delle posizioni affiorate in dottrina sul concetto di regolazione, v. P. LAZZARA, *La funzione regolatoria: contenuto natura e regime giuridico*, in M. CAFAGNO, F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, V, Firenze, Firenze University Press, 2016, 117 ss. Con precipuo riguardo alla regolazione delle Autorità indipendenti, M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, Giappichelli, 2006, 265 ss.; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, cit., 110-111, secondo cui «(l)a regolazione può essere descritta come una funzione di controllo o vigilanza su un settore od attività considerata rilevante sul piano socio-economico, la quale si esprime in attività positiva (atti di indirizzo, regolamenti, autorizzazioni, misure accessorie ad atti autorizzativi), in attività successiva di verifica, ovvero anche in attività di moral suasion o di proposta. L'elemento distintivo di tale ampia funzione di regolazione non sta, dunque, nel profilo strutturale (...). Sta invece nel profilo (stricto sensu) funzionale: essa si spiega in un settore aperto al mercato; è esercitata da una agency pubblica indipendente e neutrale rispetto agli interessi in gioco; non persegue un interesse pubblico proprio e dato, bensì regola in modo neutrale gli interessi in conflitto; è condizionale e non finalistica; mira al riequilibrio delle posizioni asimmetriche nel mercato; riduce posizioni di eccessiva forza di mercato; cura la protezione di determinati interessi, valori e diritti di fondamento costituzionale che possano subire un *vulnus*; svolge un compito che presuppone una elevata competenza tecnica, perché incide su oggetti e discipline altamente specialistiche; è sempre complementare ed assiologicamente subordinata alla libertà di concorrenza che incarna la scelta di fondo dell'ordinamento. È, la regolazione, in estrema sintesi, l'insieme di quelle correzioni, connotate da elasticità, alta competenza tecnica e specialistica, che sono necessarie al libero mercato». Più di recente, cfr. F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, cit., 697 ss. e E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, Giappichelli, 2019, *passim*.

I regolatori indipendenti sarebbero dunque concepiti quali “arbitri”<sup>7</sup> dei mercati o dei settori economici di rispettiva competenza, limitandosi a mantenere, in modo neutrale rispetto agli interessi in gioco, le condizioni per il loro corretto ed efficiente funzionamento, mediante la predisposizione di regole condizionali (e non finalistiche), la vigilanza sull'applicazione di tali regole e l'intervento in caso di violazione di esse *sub specie* di provvedimenti sanzionatori o giustiziali<sup>8</sup>. Il tutto secondo un meccanismo *process oriented* fondato sul contraddittorio, sulla partecipazione degli *stakeholders* e sulla trasparenza delle decisioni<sup>9</sup>.

Il carattere “neutrale” della regolazione indipendente, tuttavia, è contestata da una parte della dottrina per l'ampia discrezionalità di cui i regolatori godono nell'esercizio dei poteri “tecnici” a essi affidati, i quali sovente celano scelte di carattere squisitamente politico, o comunque sono tesi alla cura di un interesse pubblico specifico collegato al settore economico-sociale di riferimento, che, qualificando la particolare *mission* istituzionale che tali soggetti sono tenuti a compiere, ne pregiudica inevitabilmente la posizione di terzietà<sup>10</sup>.

In riferimento all'area dei «servizi di pubblica utilità», la legge individua alcuni principi e finalità generali comuni che devono presiedere l'attività di regolazione delle Autorità preposte a tali settori<sup>11</sup>. Invero, la «regolazione» o il modello «regolativo-giustiziale»<sup>12</sup> delle *authorities* evoca «un ben determinato e oltretutto “vivace” regime giuridico», che si è formato e sedimentato negli anni grazie all'ampio contributo della dottrina e dei principi emersi in seno alla giurisprudenza, sia nazionale che (soprattutto) europea<sup>13</sup>. A tacere delle specificità insite in ciascun settore, è, infatti, possibile intravedere taluni caratteri e obiettivi che qualificano l'attività delle Autorità «di regolazione», come – ad esempio – la continua ricerca di un equilibrio tra le marcate finalità pro-concorrenziali degli interventi (di natura perlopiù tecnica) con i più “solidaristici” obiettivi di tutela dei consumatori e di trasparenza tariffaria nei mercati<sup>14</sup>.

<sup>7</sup> Per riprendere il titolo di una approfondita ricerca sul tema in esame: M. D'ALBERTI, A. PAJNO, *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino, 2010, *passim*.

<sup>8</sup> F. G. COCA, voce «Attività amministrativa», cit., 81.

<sup>9</sup> S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, cit., 13.

<sup>10</sup> Cfr., anche per i dettagliati riferimenti bibliografici ivi contenuti, M. T. PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari, Cacucci, 2017, 239 ss., la quale esclude il carattere di neutralità nelle funzioni esercitate dalle *authorities* (253), riportando l'esempio delle funzioni tutt'altro che neutrali esercitate dall'Autorità garante per la concorrenza e il mercato: e ciò in linea con quanto già affermato dalla dottrina precedente: *ex multis*, v. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., 128 ss., secondo cui «(n)ell'esercizio dei suoi poteri l'Autorità non ha “una posizione di indifferenza verso gli interessi coinvolti” avendo istituzionalmente in carico la cura dell'interesse pubblico primario alla tutela del mercato» (137). Sul carattere dell'indipendenza funzionale delle Autorità, cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, cit., 61 ss.

<sup>11</sup> Cfr. art. 1, comma 12, l. n. 481/1995.

<sup>12</sup> N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità nazionale anticorruzione*, in *giustamm.it*, 5, 2016, che precisa che il modello in questione «è informato ai principi della partecipazione all'elaborazione delle regole, dell'amministrazione contenziosa quanto all'applicazione di esse, dell'imparzialità oggettiva dell'autorità decidente».

<sup>13</sup> Lo ricorda F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. amm.*, 2, 2017, 396 ss.

<sup>14</sup> Cfr. ad esempio Tar Lombardia, sez. III, 14 marzo 2013, n. 683: «(l)a regolazione investe

Sullo sfondo resta il problema – tuttora irrisolto – circa la qualificazione degli atti di regolazione come regolamenti o atti amministrativi generali al fine di determinarne il corrispondente regime giuridico<sup>15</sup>, anche se i più recenti interventi legislativi e soprattutto l'opera della giurisprudenza amministrativa paiono ridimensionare il problema almeno nei settori in cui operano le *authorities*<sup>16</sup>, ove gli atti in esame – se si guarda alla disciplina che ne dà il diritto positivo in taluni settori – sono per molti aspetti sottoposti al medesimo regime giuridico<sup>17</sup>: ciò vale, ad esempio, con riguardo al rispetto di determinate garanzie procedurali e alla facoltà di impugnazione “diretta” dell'atto finale da parte dei soggetti che se ne assumano lesi<sup>18</sup>. Ai fini dell'attrazione in un modello generale piuttosto che nell'altro appare comunque inevitabile un'indagine di tipo sostanzialistico volta a esaminare in concreto il contenuto dispositivo del singolo atto preso in esame<sup>19</sup>.

---

*un determinato mercato di rilevanza economica, con l'effetto di “conformarne” le regole di funzionamento: a livello macro, definendone i caratteri morfologici di struttura (ad esempio, in termini di liberalizzazione, svolgimento concorrenziale, servizio pubblico, requisiti di ammissione degli operatori, sanzione dei comportamenti scorretti, separazione contabile, utilizzo delle reti infrastrutturali); a livello micro (ovvero dei singoli rapporti giuridici), prescrivendo regole di condotta agli operatori economici (in termini di prezzi, garanzie, regimi di tutela)».*

<sup>15</sup> V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJINO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino, 2009, 105; più di recente, v. F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, cit., 717 ss. Cfr. anche Cons. Stato, sez. atti normativi, parere n. 11603/2005; in ordine alla qualificazione delle linee guida dell'Anac in materia di contratti pubblici, v. G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 3, 2016, 285 ss. Invero, già la stessa distinzione, a livello generale, tra regolamenti e atti amministrativi generali risulta piuttosto complessa da decifrare in assenza di criteri generalmente validi in astratto: v., *ex multis*, A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1993, 178; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000, 385 ss.; M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Classificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 53 ss. In giurisprudenza, v. Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2012, n. 9, secondo cui «(...) è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminata di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti».

<sup>16</sup> M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005, 141 ss.

<sup>17</sup> Ad esempio, in tema di contratti pubblici, v. art. 213, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui è fatta salva l'impugnabilità delle «decisioni» e degli «atti» assunti dall'Anac innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa. Inoltre, con riferimento particolare all'emanazione delle linee guida e indipendentemente dalla loro qualificazione giuridica, l'Anac «si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice».

<sup>18</sup> M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4, 2015, 738 ss.

<sup>19</sup> Già G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli, 1998, *passim*. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 8 maggio 2012, n. 2674. È nota, infatti, l'insufficienza di criteri di distinzione di natura esclusivamente formale, come testimonia, ad esempio, il fenomeno della «fuga dal regola-

Alla regolazione delle *authorities* viene talvolta accostata la natura (di matrice sovranazionale) “flessibile” o “soft”, al fine di qualificare tutta una congerie indefinita di atti atipici e informali (quali: raccomandazioni, linee guida, istruzioni, inviti, orientamenti, comunicati, e così via), che si distinguono dagli altri «atti amministrativi con valenza regolatoria» per il fatto di produrre effetti di mera *moral suasion* sui comportamenti dei destinatari ai quali si rivolgono (senza esplicare, quindi, alcuna forza cogente), nonché per il modo – consensuale e partecipato – con cui essi prendono forma<sup>20</sup>. Non di rado, tuttavia, accade che tali atti si traducano in sostanziali manifestazioni atipiche delle potestà paranormative delle *authorities*, urtando così col principio di tipicità delle fonti<sup>21</sup>. In ogni caso, anche se non formalmente vincolanti, si è concordi nel ritenere che essi presentino un grado di oggettiva «effettività», che si misura in relazione all'autorevolezza istituzionale del soggetto che li adotta<sup>22</sup>.

Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in ordine all'inquadramento e al regime giuridico degli atti di regolazione «flessibile» ha assunto un rinnovato vigore con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, che ha devoluto all'Autorità nazionale anticorruzione un potere di regolazione di siffatta natura in materia di contratti pubblici<sup>23</sup>. Tra i vari atti regolatori adottabili dall'Anac hanno destato particolare interesse le linee guida, dotate anche di efficacia vincolante,

mento», su cui v. *ex multis* B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in AA.VV., *Le fonti del diritto amministrativo*, AIPDA Annuario 2015, Napoli, 2016, 53 ss. Secondo G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., 289-290, «il ricorso ai criteri sostanziali dell'astrattezza, della generalità e della ripetibilità è suscettibile di infinite discussioni, nel senso che ciascuno di tali criteri incontra aree di crisi (...). Tuttavia la compresenza di tali caratteristiche costituisce di per sé un relevantissimo criterio indicatore».

<sup>20</sup> V. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, *passim*; A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali. Atti del 20° Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Catania, 14-15 ottobre 2005, Padova, Cedam, 2007, 369 ss.; A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009, *passim*. Nella dottrina amministrativistica, v. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., 138: «(l)a funzione formale, autoritativa-prescrittiva, di quest'ultimo tipo di fonti (i.e. la soft law) tende a degradare progressivamente verso una funzione informale, essenzialmente persuasiva, di promozione di comportamenti ritenuti auspicabili dall'autorità di regolazione, o (...) collaborativa». ID, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013, 87; M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1, 2017, 149 ss.

<sup>21</sup> M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., 144-145, il quale ne evidenzia l'importanza soprattutto nel settore bancario. C'è chi ne propone, invece, la collocazione all'interno delle c.d. «fonti terziarie» del diritto amministrativo ogniqualevolta assumano concretamente una rilevante efficacia prescrittiva: M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 737.

<sup>22</sup> *Ex multis*, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 87.

<sup>23</sup> Si intende più precisamente riferirsi a quanto stabilito dall'art. 213, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, secondo il quale «l'Anac, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche». Sul tema sia consentito il rinvio a P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 238 ss.

che hanno costituito lo strumento maggiormente utilizzato dall'Autorità per l'espletamento dei propri compiti para-normativi (non solo nel settore dei contratti pubblici) e su cui la dottrina ha primariamente e diffusamente concentrato l'attenzione<sup>24</sup>.

Va tuttavia rammentato che con la novella introdotta dal d.l. n. 32/2019 (c.d. "decreto sblocca-cantieri"), conv. in l. n. 55/2019, il legislatore ha ridotto il margine di incidenza regolatoria dell'Anac nel settore in questione (specie con riguardo ad alcune materie originariamente disciplinate dalle linee guida ministeriali e da quelle a efficacia vincolante)<sup>25</sup>, riconsegnando alla fonte regolamentare governativa rilevanti ambiti materiali della disciplina attuativa del codice dei contratti pubblici<sup>26</sup>. Non è stata comunque intaccata la competenza re-

<sup>24</sup> V. ITALIA, *Le linee guida e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2016; C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in *giustamm.it*, 4, 2016; ID, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in *federalismi.it*, 2017; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 6, 2016; M. P. CHITI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, 436 ss.; M. DELLE FOGLIE, *Verso un "nuovo" sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2016; I. A. NICOTRA, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in I. A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, Giappichelli, 2016, 33 ss.; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., 273 ss.; M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2, 2017, 827 ss.; G. D. COMPORTELLI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. e soc.*, 2, 2017, 177 ss.; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del cd. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, cit., 381 ss.; S. VALAGUZZA, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, in *Rivista regolazione mercati*, it, 1, 2017, 91 ss.; G. PIZZANELLI, *Il ruolo dell'Anac nel nuovo codice dei contratti pubblici: verso la completezza di un modello?*, in A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, Giappichelli, 2017, 141 ss.; F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2017, 743 ss.; P. MANTINI, *Autorità nazionale anticorruzione e "soft law" nel sistema delle fonti e dei contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2017; G. A. GIUFFRÈ, *Le "nuove" dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in *federalismi.it*, 27 novembre 2017.

<sup>25</sup> Ma anche in riferimento ad ambiti materiali soggetti alla disciplina posta da talune linee guida non vincolanti, come nel caso di quelle adottate ai sensi dell'art. 36, comma 7, del Codice, per i contratti "sotto-soglia".

<sup>26</sup> Il regolamento governativo (che alla data in cui si scrive non ha ancora trovato la luce) reca, in particolare, disposizioni nelle seguenti materie: nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; direzione dei lavori e dell'esecuzione; esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; collaudo e verifica di conformità; affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; lavori riguardanti i beni culturali. A decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento, inoltre, cessano di avere efficacia le linee guida ex art. 213, comma 2, del codice, vertenti sulle materie indicate sopra nonché quelle che comunque siano in contrasto con le disposizioni recate dal regolamento. Restano nondimeno in capo all'Anac importanti – ma più limitate rispetto al passato – competenze regolatorie (vincolanti), che spaziano da quelle relative alla qualificazione delle stazioni appaltanti, a quelle concernenti i criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'albo dei componenti delle commissioni aggiudicatrici, nonché alle

golatoria generale di cui all'art. 213, comma 2, del codice, attraverso cui l'Anac «*garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche*».

Ciò detto, la straordinaria ampiezza degli “spazi” di azione concessi a talune Autorità ha naturalmente allarmato la dottrina, che ha parlato di un sistema di «*vere e proprie deleghe in bianco*»<sup>27</sup>, le quali, oltre a comportare una deviazione rispetto al tradizionale sistema delle fonti, rimettono di fatto al libero convincimento di tali soggetti ogni tipo di decisione inerente agli ambiti di loro competenza, con buona pace del principio di separazione dei poteri<sup>28</sup>.

L'attività posta in essere dalle Autorità indipendenti – specie quella di carattere sostanzialmente normativo – presenta significative criticità per il pieno svolgimento delle libertà economiche sui mercati nei quali esse intervengono e per la democraticità dei processi decisionali che le medesime elaborano e attuano: si tratta di problemi che nascono proprio alla luce del principio di legalità, posto dall'ordinamento fondamentalmente a protezione delle libertà.

L'utilizzo potenzialmente esteso di potestà regolatorie atipiche nell'ambito preso in esame apre evidentemente delle aree di crisi all'interno del nucleo più rigoroso del principio di legalità, a mente del quale non sarebbe permesso l'utilizzo di poteri non espressamente e puntualmente previsti dalla legge.

In questa sede s'intende in particolare verificare come il principio di legalità reagisca all'uso della regolazione indipendente – intesa primariamente quale funzione di *law making* del settore o mercato di riferimento<sup>29</sup> – e delle potestà implicite che su di essa si innestano, per poi stabilire sino a che livello l'ordinamento generale tolleri questo significativo cedimento della legalità.

## **2. Regolazione indipendente e poteri impliciti: la lettura della dottrina.**

Valutare la compatibilità dei poteri impliciti delle Autorità indipendenti col principio di legalità significa vagliare la legittimità di una tecnica interpretativa, che, ammessa la generale e preventiva competenza regolatoria di talune *authori-*

---

linee guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti *in house*.

<sup>27</sup> P. CARETTI, *Introduzione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2004, 15 ss.

<sup>28</sup> M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm.* TAR, 2002, 3865-3866. Si pensi, per fare un esempio, al potere di Banca d'Italia di «*emanare disposizioni di carattere generale aventi a oggetto: 1) il contenimento dei rischi che possono inficiare il regolare funzionamento, l'affidabilità e l'efficienza del sistema dei pagamenti; 2) l'accesso dei prestatori di servizi di pagamento ai sistemi di scambio, di compensazione e di regolamento nonché alle infrastrutture strumentali tecnologiche o di rete; 3) il funzionamento, le caratteristiche e le modalità di prestazione dei servizi offerti; 4) gli assetti organizzativi e di controllo relativi alle attività svolte nel sistema dei pagamenti*» (art. 146, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385).

<sup>29</sup> Di «*potere regolamentare esterno*» parla F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, cit., 717 ss.



ties in un dato settore e individuato il valore da tutelare, consenta il ricorso ad ogni “mezzo” (anche e soprattutto a contenuto normativo) reputato soggettivamente idoneo alla realizzazione della finalità istituzionale legislativamente assegnata<sup>30</sup>.

Esistono in merito due tesi contrapposte, nel cui ambito sono ravvisabili, a loro volta, ulteriori e diversi orientamenti declinati a seconda dell'interpretazione circa il “ruolo” istituzionale svolto dalle Autorità indipendenti in rapporto ai mercati da esse “presidiati”<sup>31</sup>.

Una prima tesi attribuisce al principio di legalità una lettura «*pragmatica e smitizzante*», tesa a giustificare la legittimità dei poteri impliciti purché siano strumentali alla realizzazione del fine esplicito al quale sono collegati<sup>32</sup>. Si attribuisce, dunque, la prevalenza alle esigenze di funzionalità rispetto a quelle di garanzia, negando un'interpretazione rigida del principio di legalità sul presupposto che la stessa produrrebbe un eccessivo ingessamento dell'attività amministrativa e presupporrebbe la capacità del legislatore di prevedere e regolare tutto in via preventiva<sup>33</sup>.

Nel solco di questa tesi si collocano tutti quegli orientamenti che assegnano alle Autorità indipendenti un ruolo di preminente rilievo nel panorama costituzionale. Basti accennare a chi ravvisa nell'istituzione stessa di tali soggetti una speciale «*tecnica di garanzia*» delle libertà, alternativa alla riserva di legge<sup>34</sup> e coerente

<sup>30</sup> Questa è la nozione di potere implicito che si vuole fare propria in questa sede. Sul tema, v. *ex multis* N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001, *passim* e G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 703 ss. Non mancano tuttavia casi nei quali, pur difettando una preventiva competenza “regolatoria”, il potere implicito (di regolazione) è nondimeno esercitato da un'Autorità che non può propriamente definirsi “di regolazione”: è il caso, ad esempio, degli impegni *antitrust*, sulla cui problematica sia consentito il rinvio a P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 165 ss.

<sup>31</sup> L'importanza del “ruolo” delle *authorities* in riferimento al tema dei poteri impliciti è messo in luce da A. TRAVI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Presentazione del tema del Convegno, Varenna, 20-22 settembre 2007, in *www.giustamm.it*, 2008, 2.

<sup>32</sup> Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, Giuffrè, 2006, 132.

<sup>33</sup> Cfr. V. GASPARINI CASARI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia (note a margine del 53° convegno di studi amministrativi, Varenna, 20-22 settembre 2007)*, in *Dir. econ.*, 3, 2007, 621 ss. Secondo E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, cit., 132-135, una lettura rigorosa del principio di legalità sembrerebbe contrastare con la *ratio* stessa della istituzione di organismi specializzati alla regolazione e al controllo in maniera dinamica e flessibile (e, quindi, difficilmente prevedibile *ex ante*) di un determinato settore del mercato. In particolare, secondo l'A., il buon andamento dell'amministrazione non potrebbe ragionevolmente essere sacrificato attraverso l'esclusione di potestà normative e amministrative non espressamente e specificamente previste, «*se dal complesso delle norme rilevanti (e anzitutto da quelle che definiscono i fini dell'intervento regolatorio, le situazioni soggettive dei privati, la struttura più o meno compiutamente concorrenziale del mercato interessato) risulta in modo sufficientemente univoco la volontà del legislatore di consentire (o anche di esigere) prescrizioni di quel tipo (...)*».

<sup>34</sup> Cfr. S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, ETS, 1996, 207, che fa leva sul carattere di indipendenza dell'organo; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 109 ss.

con l'impianto costituzionale<sup>35</sup>; oppure a chi ritiene che nei settori in cui operano le Autorità la legge abbia direttamente assegnato loro una riserva di competenza<sup>36</sup>. Ancora, si è osservato che la regolazione – a differenza dell'intervento pubblico nell'economia – si traduce in un'attività amministrativa «sostitutiva» di negozi giuridici privati tesa alla realizzazione dei presupposti del mercato concorrenziale e della *par condicio* tra i soggetti che vi operano. Pertanto, «(...) il principio di legalità che attiene alla regolazione può limitarsi alla mera attribuzione di funzioni ad un'autorità regolatrice: il precetto che attiene alla funzione (...) è infatti già desumibile dalla Costituzione (diritto di libertà combinato con il principio di eguaglianza) come integrata dalla normativa comunitaria»<sup>37</sup>.

Una seconda e differente tesi individua, invece, nella legge il fondamento necessario e imprescindibile di ogni potere amministrativo di tipo autoritativo e, conseguentemente, esclude l'esistenza di poteri impliciti. L'inammissibilità di poteri non espressamente previsti è, secondo questo orientamento, una conseguenza inevitabile di una lettura rigorosa del principio di legalità<sup>38</sup>. La formulazione vaga ed elastica della disposizione legislativa non potrebbe pertanto riconoscere implicitamente al soggetto pubblico spazi di manovra potenzialmente incidenti sulle sfere giuridiche dei privati senza che essi trovino nella legge una sufficiente e adeguata copertura: le esigenze di garanzia e democraticità dell'azione amministrativa prevalgono sulle opposte esigenze di funzionalità ed efficienza. Il principio di legalità e il sistema delle riserve di legge costituiscono, in questi casi, un argine al potenziale arbitrio normativo e provvedimentale delle *authorities*, soggetti peraltro “deboli” sul piano della legittimazione democratica e che, dunque, a rigor di logica, dovrebbero rispettare in modo ancor più scrupoloso il principio di legalità<sup>39</sup>.

Si impongono, inoltre, due notazioni di carattere preliminare.

In primo luogo, non si può negare che, a fronte di disposizioni legislative dai contorni estremamente vaghi e generici, le *authorities* siano costrette, per adempiere ai propri fini istituzionali, ad esercitare poteri privi di un'espressa e circostanziata base legale. Non è un caso che la dottrina abbia osservato che «nell'andare a determinare in concreto il contenuto della potestas regolamentare il ricorso alla tesi dei poteri impliciti (fosse) quasi fisiologico», e che – addirittura – la presenza di potestà innominate fosse direttamente proporzionale alla genericità e indeterminatezza delle norme attributive del potere e alla loro caratterizzazione in senso

<sup>35</sup> In tal senso, v. S. A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, cit., 171.

<sup>36</sup> Sul punto, v., ad esempio, N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, cit., 41.

<sup>37</sup> F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007, 71.

<sup>38</sup> Cfr. Tar Lombardia, Sez. II, 4 aprile 2002, n. 1331. In dottrina, cfr. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994, 101; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1996, 30; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XXV, Padova, Cedam, 2004, 264.

<sup>39</sup> L'accento sulla sostanziale mancanza di legittimazione democratica è posto da F. FRACCHIA, *Il diritto dell'economia alla ricerca di un suo spazio nell'era della globalizzazione*, in *Dir. econ.*, 1, 2012, 23.

spiccatamente finalistico<sup>40</sup>. Tale circostanza è peraltro testimoniata dalla casistica, dalla quale emerge la diffusa tendenza da parte delle Autorità indipendenti a dotarsi di poteri non espressamente attribuitigli dalla fonte di rango primario<sup>41</sup>. In secondo luogo, bisogna rilevare che, con riferimento a poteri impliciti di contenuto ablatorio o sanzionatorio delle situazioni giuridiche soggettive (quand'anche formalmente qualificati alla stregua di atti regolamentari o di regolazione), il suddetto problema è in buona parte risolto, in quanto la condivisibile opinione prevalente è nel senso di escludere l'esistenza di tali poteri, sul presupposto che le esigenze di garanzia espresse dal principio di legalità non possano subire limitazione alcuna laddove le Autorità in via unilaterale incidano sfavorevolmente sulla sfera giuridica dei cittadini<sup>42</sup>.

Alla luce di tali notazioni, si può sin da ora anticipare che non appare una soluzione ragionevole quella di aderire in via generalizzata e aprioristica all'una, piuttosto che all'altra tesi sopra prospettata. Invero, sia l'impostazione più rigorista (volta al riconoscimento in capo alle Autorità dei soli poteri espressamente attribuiti e definiti dalla legge), sia quella "funzionalistica" (che riconosce ai suddetti organismi anche tutti i poteri non contemplati dalla norma attributiva purché essi siano strumentali al raggiungimento dei fini istituzionali assegnati) offrono delle soluzioni non del tutto soddisfacenti<sup>43</sup>.

Da una parte, la necessaria predeterminazione legislativa di ogni singola potestà amministrativa astrattamente utilizzabile dalle Autorità indipendenti si porrebbe in contraddizione con la *ratio* della loro stessa istituzione, che è quella di affidare a un organismo specializzato la disciplina e l'adeguamento tempestivo alle evoluzioni del mercato di un particolare settore economico "sensibile". Non è un caso che la duttilità dei mezzi giuridici messi a disposizione dall'ordinamento è una caratteristica intrinseca (e ineliminabile) del modello della regolazione.

Dall'altra parte, l'adesione alla tesi in base alla quale sarebbe consentito alle *authorities* l'adozione di tutte le misure necessarie al raggiungimento delle finalità cui è preordinata la loro azione sarebbe altrettanto inaccettabile poiché prefigurerebbe una situazione di sostanziale libertà di azione in un terreno – quale è quello dominato dalle Autorità indipendenti – che non può del tutto prescindere dal principio della legalità sostanziale e dal sistema delle riserve di legge<sup>44</sup>.

Ammessa l'esistenza delle Autorità quali istituzioni dotate di specifici poteri (che si sono imposte – e s'impongono tuttora – sul piano della Costituzione materiale), non pare, dunque, accettabile, per le ragioni illustrate, la completa assenza di vincoli all'attività che tali soggetti esercitano negli ambiti di rispettiva

<sup>40</sup> G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 709.

<sup>41</sup> V. par. 3.

<sup>42</sup> *Ex multis*, v. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 729 ss.; la tesi è in ogni caso condivisa dalla giurisprudenza amministrativa maggioritaria: v. par. 3.

<sup>43</sup> Così anche D. SIMEOLI, voce «*Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*», in *Dig. disc. priv., sez. civ., agg.*, Torino, 2014, 136, il quale aderisce alle tesi di Bassi circa le condizioni di ammissibilità di poteri amministrativi impliciti.

<sup>44</sup> Sul punto, v. M. MANETTI, *I regolamenti delle Autorità Indipendenti*, in *www.astrid-online.it*, 4 ss.

competenza: proprio in ragione dell'inesistenza di una delimitazione precisa "a monte" delle potestà amministrative legislativamente attribuite, che un controllo maggiormente rigoroso deve essere espletato "a valle" sull'attività posta in essere dalle *authorities* (specie quella a contenuto normativo), tenuto conto, ancora una volta, della estraneità di tali soggetti al circuito politico-rappresentativo e della loro conseguente "debolezza" sul piano della legittimazione democratica<sup>45</sup>.

In definitiva, più che una questione sulla titolarità di poteri regolatori impliciti (interrogativo a cui deve risponderci positivamente se si aderisce – pur con le dovute cautele – alla tesi del riconoscimento di un fondamento costituzionale della potestà normativa delle Autorità indipendenti), si tratta, di individuare – ove esistenti – i limiti (e/o gli opportuni criteri orientativi) all'esercizio di tali potestà, alla luce del principio di legalità<sup>46</sup>.

Una precisazione terminologica al riguardo si impone, anche tenendo conto della varietà delle posizioni della dottrina. Almeno con riferimento alla regolazione sembra corretto sostenere che si sia al cospetto di un potere attribuito bensì in modo ampio e generico ma non privo di un accettabile tasso di tipizzazione, nel senso che è ormai sufficientemente acquisito che siffatta regolazione esibisca caratteri peculiari e ben noti<sup>47</sup>. Ciò non esclude ovviamente che nella sua ombra "germinino" poteri impliciti cui ripetutamente si è fatto cenno sinora.

In ogni caso, parte della dottrina ha evidenziato che il mancato rispetto del principio di legalità (inteso come "conformità sostanziale") nel sottosistema delle *authorities* potrebbe essere adeguatamente "compensato" da regole e principi ricavabili dall'ordinamento, i quali avrebbero una duplice funzione: quella di costituire, da un lato, un "canone" nella fase di esercizio del potere normativo e, dall'altro, un "parametro" per la sindacabilità *ex post* dell'atto emanato. Si tratterebbe, in altri termini, di parametri non necessariamente riconducibili alla legge in senso formale<sup>48</sup>, tra cui, *in primis*, i principi generali del diritto amministrativo (ragionevolezza, proporzionalità, tutela dell'affidamento, giusto procedimento, e così via)<sup>49</sup>. Un ruolo fondamentale in tal senso sarebbe, altresì, svol-

<sup>45</sup> Cfr. *ex multis* S. SANTOLI, *Principio di legalità e potestà regolamentare delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2003, 1788.

<sup>46</sup> Il medesimo problema è stato affrontato in termini non dissimili da G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 710 ss. e F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, cit., 124. Più di recente anche da F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, cit., 729 ss., e da M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, cit., 172 ss.

<sup>47</sup> V. par. 1.

<sup>48</sup> Con riferimento ai poteri della Consob, v. G. PUCCINI, *La potestà regolamentare della Consob in materia di intermediazione finanziaria alla luce della normativa del testo unico e della sua esperienza attuativa*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, 7 ss. *Contra* M. MANETTI, *I regolamenti delle Autorità Indipendenti*, cit., 13 ss.

<sup>49</sup> Cfr. F. CINTIOLI, *I regolamenti delle autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2003, il quale ha osservato come «(...) sia da incentivare la propensione (...) a vagliare la regola posta dall'Autorità nella sua intrinseca

to dalle regole della tecnica, che originano dalla dottrina, dai principi deontologici e, più in generale, dalla prassi specifica del settore coinvolto dall'intervento regolatorio<sup>50</sup>.

Ulteriore elemento per il "recupero" del principio di legalità sarebbe costituito dal sindacato giurisdizionale (veicolato attraverso il vizio dell'eccesso di potere) sugli atti delle Autorità, tra i quali – naturalmente – assumono una particolare valenza quelli a contenuto normativo. In questi casi, un ruolo determinante sarebbe svolto dalla motivazione, strumento necessario per dimostrare «la stretta consequenzialità» della specifica regolamentazione adottata con i fini assegnati dalla legge: «infatti il sindacato giurisdizionale di ragionevolezza è ben più intenso in presenza di motivazione dato che questa consente una verifica concreta e puntuale del percorso logico seguito»<sup>51</sup>.

Un'altra parte della dottrina, con l'avallo della giurisprudenza, ha posto l'enfasi sull'elemento partecipativo, sul contraddittorio, sulla presenza di un'adeguata motivazione e su un'ampia pubblicità delle determinazioni assunte: elementi che, compendati nel concetto evocativo della c.d. "legalità procedurale", varrebbero a recuperare o compensare il deficit di legittimazione democratica delle Autorità indipendenti<sup>52</sup>. Sul punto, la giurisprudenza è costante nel ritenere che «nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità

*ragionevolezza anziché limitarsi a guardarla attraverso la lente d'ingrandimento - davvero troppo riduttiva - della conformità alla fonte superiore secondo il principio di legalità. Un sindacato di proporzionalità e ragionevolezza può dare frutti migliori di quello imperniato sul principio di legalità, nonostante quest'ultimo possa sembrare in sé più rigoroso».*

<sup>50</sup> Ciò varrebbe soprattutto nei settori in cui operano la Banca d'Italia, la Consob e l'Isvap: G. MORBIDELLI, *Il potere regolamentare di ISVAP dopo il Codice delle Assicurazioni*, cit., 599 ss.; ID, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 712 ss. Si evidenzia, d'altra parte, che una simile tesi sminuirebbe del tutto la valenza democratica insita nel principio di legalità, con la conseguenza che i destinatari dell'attività delle Autorità sarebbero soggetti a scelte di carattere esclusivamente tecnocratico: sul punto, cfr. V. CAIANELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Il Foro amm.*, 1997, 374. Secondo N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 460, «il nostro ordinamento è fondato sul valore della democrazia, non su quello della tecnocrazia».

<sup>51</sup> G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 726-727: «(i)n altre parole, la motivazione, in una con il contraddittorio (...) contribuisce a recuperare la legalità e dunque a giustificare l'implicit power, in quanto la legalità si persegue anche attraverso la presenza di un sindacato giurisdizionale "forte" del provvedimento».

<sup>52</sup> Questa sembrerebbe la ragione principale (anche se non unica: v. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000, 83 ss.) della necessità di una maggiore implementazione delle garanzie procedurali nei procedimenti davanti alle *authorities: ex multis*, v. S. CASSESE, *Negoziazione e trasparenza nel procedimento davanti alle autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1999, 37 ss.; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59 ss.; ID., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., 155 ss., che richiama in proposito le tesi di Jürgen Habermas; F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, cit., 297, secondo cui la partecipazione dei soggetti interessati al procedimento amministrativo costituisce uno strumento che sostituisce la dialettica propria delle strutture rappresentative, rappresentando un importante "correttivo" della perdita di legalità sostanziale e del deficit di legittimazione democratica delle Autorità indipendenti.

*sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio»<sup>53</sup>.*

### **3. Segue: la lettura “indulgente” della giurisprudenza amministrativa.**

Al cospetto della regolazione indipendente e dei poteri impliciti che su di essa si innestano, la giurisprudenza amministrativa ha prevalentemente “allentato le maglie” del proprio scrutinio sul rispetto del nucleo più rigoroso del principio di legalità<sup>54</sup>.

Le esigenze di funzionalità difficilmente vengono sacrificate sull'altare delle garanzie: invero, le continue “torsioni” alle quali la legalità è soggetta sono giustificate in ragione della tecnicità del settore, che impone «di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema» e di rifuggire, dunque, da una rigida predeterminazione legislativa, la quale sarebbe di ostacolo al perseguimento degli scopi assegnati: *«da qui la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori (...), della sola predeterminazione legale (purché caratterizzata da adeguati livelli di certezza) degli obiettivi propri dell'attività di regolazione e dei limiti dell'esercizio in concreto di tale attività»<sup>55</sup>.*

Il rimedio principale alla carenza di prescrittività *ex ante* del dettato legislativo (che possa, quindi, porsi come “limite” all'esercizio dell'attività regolatoria) sul quale la giurisprudenza pare, fin dalle sue prime pronunce, confidare con profonda convinzione consiste nell'implementazione della “legalità-procedurale”<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Cfr, tra le tante decisioni, Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5105; sez. VI, 11 marzo 2006, n. 1400; sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007; sez. V, 27 dicembre 2006, n. 7972; sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215; Tar Lombardia, sez. III, 3 gennaio 2011, n. 1; Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521; Tar Lombardia, sez. I, 24 giugno 2014, n. 1648; Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532. Il modello che pare essersi più di frequente affermato è quello della c.d. “consultazione pubblica” che prevede il coinvolgimento dei soggetti interessati nella “costruzione” del provvedimento normativo finale (c.d. “procedura di *notice and comment*”).

<sup>54</sup> Essa ha contribuito in modo determinante a definire i confini dei poteri di regolazione: secondo M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, cit., 267: «il giudice amministrativo è (...) intervenuto massicciamente a tracciare lo statuto dei poteri regolatori; è ad esso che si deve la sistematica (per quanto empirica) di tali poteri: la loro classificazione, la precisazione del loro ambito, dei loro limiti e il loro inserimento nel contesto giuridico ed economico della liberalizzazione».

<sup>55</sup> Con riferimento ai poteri dell'Arera, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, cit.; sez. VI, 1° ottobre 2014, n. 4874, cit. V., altresì, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521, cit. Quanto ai poteri dell'Agcom, v. da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2020, n. 987.

<sup>56</sup> Secondo Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521, «la dequotazione del principio di legalità sostanziale – giustificata (...) dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori – impone (...) il rafforzamento del principio di legalità procedimentale che si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari». La consultazione pubblica degli operatori interessati nell'ambito del procedimento di formazione degli atti normativi dell'Autorità è considerata essenziale dalla giurisprudenza, tanto che la disposizione che prevede le ipotesi derogatorie a tale procedura «(deve) essere interpretata in modo del tutto restrittivo (ed intesa quale previsione eccezionale prima ancora che lato sensu derogatoria). Ciò, al fine di evitare che la mera affermazione relativa all'esistenza di generiche ragioni di “straordinaria urgenza” possa legittimare l'Autorità di settore a svincolare sé medesima dal necessario (e tendenzialmente indefettibile) presidio di legalità in senso procedimentale rappresentato dal previo esperimento della consultazione pub-

A prescindere dal tenore dei valori e degli interessi in gioco nei singoli mercati o settori in cui le Autorità indipendenti esercitano le rispettive funzioni (ancorché attribuite in modo generico e indeterminato), le determinazioni regolatorie implicite paiono dunque ammissibili nella misura in cui rientrano nell'ambito "abilitativo" coperto dalle finalità legislativamente conferite; a differenza, invece, dei poteri impliciti a effetto ablatorio o sanzionatorio, oppure quelli che intervengono a certe condizioni sull'autonomia contrattuale, rispetto ai quali il principio di legalità non può subire significative attenuazioni<sup>57</sup>.

Pur nella eterogeneità delle fattispecie scrutinate, questa sembra essere l'interpretazione maggiormente accolta anche in seno alla giurisprudenza amministrativa più recente, la quale non ha mancato talora di fare ricorso al diritto europeo e al principio dell'effetto utile proprio di tale ordinamento a sostegno delle proprie argomentazioni<sup>58</sup>.

Anche se si tratta di suggestioni perlopiù di ordine sociologico che non fanno certamente venir meno il (necessario) rigore dell'analisi giuridica, si può osser-

---

*blica. Ed infatti, laddove si ammettesse che la sussistenza delle richiamate ragioni possa essere invocata in modo - per così dire - ampio ed elastico, ne conseguirebbe un'ulteriore e indebita (in quanto tendenzialmente autoprodotta) estensione della deroga al generale principio secondo cui l'esercizio dell'attività di regolazione deve essere ricondotto in modo diretto o indiretto a un circuito di legittimazione democratica (ovvero, in carenza - e in via eccezionale -, accompagnato da pregnanti e indefettibili garanzie di carattere partecipativo):* così Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, par. 3.1.

<sup>57</sup> Sul punto, la giurisprudenza pare condivisibilmente allineata alla dottrina nell'accoglimento della tesi "rigorista". Per una più approfondita disamina della questione e per i relativi riferimenti giurisprudenziali sia consentito il rinvio a P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 156 ss. Per una recente conferma di tale orientamento, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4993, ad avviso del quale il ricorso alla teoria dei poteri impliciti non è stato ritenuto sufficiente a configurare una specifica potestà sanzionatoria dell'Agcom in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: al riguardo, se si vuole, v. P. PANTALONE, *Dove la teoria dei poteri impliciti non può osare: il caso delle sanzioni dell'Agcom in materia del diritto d'autore online*, in *Rivista di diritto dei media*, 3, 2019, 230-233.

<sup>58</sup> Cfr. Tar Lombardia, sez. II, 27 aprile 2016, n. 814 e 11 luglio 2016, n. 1388 (confermate in appello da Cons. Stato, sez. VI, 27 novembre 2017, n. 5519), le quali hanno sancito la legittimità della delib. Arera del 22 giugno 2015 n. 296/2015/R/Com recante «*Disposizioni in merito agli obblighi di separazione funzionale (unbundling) per i settori dell'energia elettrica e il gas*», nella parte in cui ha imposto l'obbligo di separazione del marchio e delle politiche di comunicazione per le imprese verticalmente integrate. Nel caso di specie, il Tar ha desunto implicitamente dalla potestà di vigilanza dell'Arera, espressamente attribuita dalla legge nel settore in analisi (cfr. artt. 38, comma 2 e 41, d.lgs. n. 93/2011), un potere di regolazione *ex ante* volto a tutelare i clienti finali e a garantire mercati effettivamente concorrenziali. Ad avviso del Tar, con la deliberazione impugnata, l'Autorità «*si è proposta di dettare misure concrete, conformi alla normativa comunitaria e, soprattutto, in grado di realizzare il risultato che tale normativa ha espressamente individuato*», in applicazione del consolidato principio del c.d. effetto utile delle direttive comunitarie. V. altresì Cons. Stato, sez. VI, 27 novembre 2011, n. 5519, che ha statuito che «*(...) la vigilanza ex art. 38, ben lungi dall'esser sinonimo di mero controllo ex post sulle attività più o meno improprie di tali imprese (quindi, solo repressivo del danno alla concorrenza), incorpora anche la regolazione ex ante, in caso contrario la conclamata ricerca dell'effettività delle regole sull'unbundling finendo per essere svuotate di senso*». E ancora: «*è mera petizione di principio il non voler inferire dalla vigilanza (di base, una mera constatazione di fatti) anche i poteri di regolazione (o pianificazione che sia) senza con ciò fossilizzare la vigilanza stessa al primordiale ed inane stato di continuo inseguimento degli illeciti altruis*».

vare come il “controllo” operato dal giudice amministrativo sull’attività regolatoria delle Autorità indipendenti appaia meno inflessibile di quello generalmente esercitato su altri comparti dell’attività amministrativa. Esso sembra, infatti, risentire dello stretto collegamento che sussiste tra i poteri affidati alle *authorities* e la “fisionomia” delle *authorities* stesse, nel senso che la portata precettiva (più attenuata) del principio di legalità potrebbe essere giustificata dagli effetti dirimpenti che un sindacato giurisdizionale più rigoroso altrimenti produrrebbe sull’esistenza stessa dei suddetti soggetti.

In altri termini, siccome il giudizio sull’attività delle Autorità indipendenti involgerebbe necessariamente in un giudizio sulla stessa ragion d’essere di tali attori istituzionali, il giudice amministrativo potrebbe forse essere più portato a giustificare l’allentamento del proprio scrutinio sulla legittimità dell’attività del soggetto per “salvare” il soggetto stesso. Difatti, a differenza di altri enti pubblici, come quelli a fini generali (si pensi, in tal senso, agli enti territoriali)<sup>59</sup>, l’eventuale restrizione dell’attività, o di taluni segmenti di questa, potrebbe irrimediabilmente pregiudicare la *mission* di certe *authorities*, con conseguenze che si ripercuoterebbero sull’esistenza stessa di queste ultime.

Difatti, solo nell’ambito del sottosistema delle Autorità indipendenti pare ravvisabile una stretta contiguità tra l’“oggetto” (cioè le funzioni che essere esercitano) e il “soggetto” (appunto, le *authorities* investite delle predette funzioni), in quanto questi peculiari attori dell’ordinamento si occupano di ambiti materiali, settori o mercati che contribuiscono essi stessi a forgiare, plasmare e presiedere e che, pertanto, costituiscono di fatto il risultato della loro continua azione conformativa. La medesima compenetrazione dell’“oggetto” nel “soggetto” (e viceversa) risulta, invece, più attenuata con riferimento ad altri enti pubblici, pur monofunzionali, i quali operano in ambiti materiali che non sono tendenzialmente oggetto di una loro diretta conformazione.

In tal senso si può probabilmente cogliere la delicatezza – e parimenti la “drammaticità” – dell’innesto del principio di legalità nel sottosistema delle Autorità indipendenti: atteso che solo questi soggetti (in quanto tecnicamente più attrezzati e sottratti all’influenza dell’indirizzo politico-governativo) sono quelli maggiormente in grado di fornire risposte rapide e adeguate alle esigenze espresse dal settore o mercato di riferimento, la menomazione di alcune delle loro funzioni per contrasto col principio di legalità potrebbe seriamente pregiudicare - proprio in ragione del carattere essenziale di alcune di queste funzioni - il perseguimento degli obiettivi che la legge ha affidato alla loro cura.

Inoltre, non si può non notare che quelle stesse funzioni, qualora fossero ritenute incompatibili col principio di legalità – “letto” nel suo significato più rigoroso – non potrebbero agevolmente essere “allocate” in capo ad altri soggetti dell’ordinamento: la qualificata *expertise* tecnica garantita dalle Autorità indipendenti, unita ai più snelli processi decisionali, sono caratteristiche difficilmente riscontrabili in seno ad altri soggetti, men che meno al Parlamento. Rimarreb-

<sup>59</sup> Ma lo stesso ordine di considerazioni può valere anche per i c.d. “enti monofunzionali” (quali, ad esempio, le università o le camere di commercio).



bero, così, insoddisfatte alcune di quelle esigenze poste proprio a fondamento dell'istituzione delle Autorità indipendenti, rispetto alle quali difficilmente il legislatore sarebbe in grado di sopperire.

Basti al riguardo sottolineare come la regolazione di alcuni mercati “sensibili”, come quelli finanziari, energetici, o delle comunicazioni elettroniche, sia inevitabilmente “tecnica”: in questi casi, l'eventuale “mutilazione”, ad esempio, di talune manifestazioni regolatorie delle Autorità preposte a tali settori determinerebbe un *vulnus* talmente grave da incidere anche sul momento costitutivo delle *authorities* stesse, le quali sarebbero infatti private di una funzione essenziale per il compimento della *mission* affidatagli dall'ordinamento.

#### 4. Segue: brevi cenni alla “lettura sistemica” quale (possibile) chiave esplicativa del fenomeno.

In altra sede<sup>60</sup>, al fine di descrivere e comprendere un “sistema complesso”<sup>61</sup> – come quello che riguarda la *mission* di un'*authority* dalla fisionomia e dalle funzioni peculiari (i.e. l'Autorità nazionale anticorruzione) nel “mercato” dei contratti pubblici – si è fatto ricorso al modello “sistemico”<sup>62</sup>.

L'utilizzo – in mera chiave esplicativa – di tale modello è stato giustificato dalle peculiarità che presenta il “soggetto” Anac, quale organismo strutturalmente e funzionalmente differente rispetto alle altre *authorities*. Ciò tuttavia non esclude che esso possa applicarsi, seppur con maggiore circospezione e probabilmente con minore ampiezza, anche a queste ultime: al riguardo viene primariamente alla mente proprio il tema della regolazione qui analizzato.

Come più volte ribadito anche dalla giurisprudenza amministrativa, il carattere spiccatamente tecnico che caratterizza le regole che presiedono taluni mercati “sensibili” (come quelli finanziari, assicurativi, energetici, delle telecomunicazioni e dei trasporti) «*impone (...) di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema; una predeter-*

<sup>60</sup> P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 287 ss.

<sup>61</sup> Sul significato di questa nozione tratta dalla letteratura extragiuridica, cfr. M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, Giappichelli, 2007, 110 ss., il quale ripercorre, attraverso una dettagliata bibliografia cui si rinvia, gli studi di settore sui sistemi complessi adattativi.

<sup>62</sup> Sul punto, nell'impossibilità di dar conto dell'ampia letteratura in materia, v., *ex multis*, L. URBANI ULIVI (a cura di), *Il pensiero sistemico come specchio di una realtà complessa*, Bologna, Il Mulino, 2010, *passim*. L'approccio sistemico non è sconosciuto all'analisi giuridica né tantomeno al diritto amministrativo, essendo stato utilizzato dalla dottrina per descrivere, ad esempio, la nozione giuridica di “ambiente”. In argomento, v. M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, cit., *passim*, e bibliografia ivi citata (v., in part., 30 ss.); M. CAFAGNO, D. D'ORSOGNA, F. FRACCHIA, *Nozione giuridica di ambiente e visione sistemica*, in L. URBANI ULIVI (a cura di), *Strutture di mondo. Il pensiero sistemico come specchio di una realtà complessa*, Bologna, Il Mulino, 2015, 229 ss. Sempre nel diritto dell'ambiente, per un'applicazione dell'approccio sistemico alla tutela di interessi sensibili antagonisti, v. E. FREDIANI, *Decisione condizionale e tutela integrata di interessi sensibili*, in *Dir. amm.*, 3, 2017, 447 ss (v., in part., 510 ss.).

*minazione legislativa rigida risulterebbe invero di ostacolo al perseguimento di tali scopi*<sup>63</sup>.

In linea con alcuni studi sviluppatasi nel “sistema complesso” dell’ambiente<sup>64</sup>, infatti, anche nell’ambito di alcuni mercati regolati, la rigidità, l’accentramento e l’applicazione uniforme e generalizzata di regole “calate dall’alto” difficilmente revisionabili, costituiscono caratteri che mal si conciliano con la necessaria flessibilità e il costante adeguamento delle regole all’incessante evoluzione dei mercati sopra considerati<sup>65</sup>.

Per la «*gestione adattativa*» di tali mercati non può che risultare centrale, in questa logica, il ruolo dell’*Authority* di settore quale soggetto tecnicamente competente, che fonda la sua azione «*di graduale rettifica*» mediante il monitoraggio e la raccolta delle informazioni e, dunque, sulla scorta dell’apprendimento e dell’esperienza man mano accumulata<sup>66</sup>. D’altra parte, la regolazione indipendente ben può essere considerata come un processo aperto, unitario e ricorsivo (in cui si ritrovano i caratteri della competenza, della flessibilità e dell’apprendimento), come testimoniato, almeno parzialmente, dai meccanismi partecipativi e dall’assoggettabilità dello stesso, in alcuni casi, a VIR e AIR secondo i canoni della *Better Regulation*<sup>67</sup>.

In un simile contesto si può spiegare il carattere recessivo che assume, anche nell’esame della giurisprudenza, il principio di legalità, almeno se inteso nella sua portata tradizionale di conformità alla legge o, comunque, di “raffrontabilità” a un parametro posto previamente<sup>68</sup>.

<sup>63</sup> Da ultimo, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2020, n. 987.

<sup>64</sup> Su cui v., tra gli altri, M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, cit., 332 ss.; F. FRACCHIA, *Introduzione allo studio del diritto dell’ambiente. Principi, concetti e istituti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, 19 ss.

<sup>65</sup> Sempre con riferimento all’ambiente, M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, cit., 338-339, osserva che: «(r)igidità e centralismo, la velleitaria illusione di poter dirigere ad una qualche predeterminabile armonia i processi ambientali, attraverso una calcolata e programmatica amministrazione delle singole risorse o dei comparti naturali, isolatamente considerati, la conseguente tendenza a fissare l’attenzione sulla stabilità degli ecosistemi, spesso a discapito della loro variabilità e resilienza (...), in breve, un insieme di caratteristiche che sono precisamente antitetiche a quelle necessarie ad una gestione adattativa e flessibile, rende l’egemonia dell’approccio di comando e controllo non meno difettoso ed insoddisfacente, agli occhi dello studioso di ecologia, di quanto non lo sia per l’economista». Negli stessi termini, cfr. M. CAFAGNO, D. D’ORSOGNA, F. FRACCHIA, *Nozione giuridica di ambiente e visione sistemica*, cit., 235 ss.

<sup>66</sup> M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, cit., 334. Con riferimento, ad esempio, all’istituto della valutazione d’impatto ambientale, l’A. ha evidenziato che «(i)ndubbiamente esiste un grado di dettaglio, nella puntualizzazione delle scelte relative a questi profili (relativi, appunto, alla Via), varcato il quale il legislatore non può che tacere, per passare la parola ad apparati amministrativi auspicabilmente avveduti e coscienti, che sappiano attingere alla guida dell’esperienza e delle buone pratiche» (377).

<sup>67</sup> F. FRACCHIA, *Legistica, AIR e VIR: tecnica legislativa, effetti invalidanti e diritti dei cittadini*, in *Dir. econ.*, 1, 2016, 9 ss., dove si sottolinea, appunto, il nesso tra VIR, AIR e “processo” normativo.

<sup>68</sup> Sulla questione è tornato M. CAFAGNO nel corso dell’intervento dal titolo “L’evoluzione del concetto giuridico di ambiente: da insieme a sistema”, tenuto in occasione del convegno “(Ri)pensare l’ambiente”, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, 8 marzo 2018.

## 5. Le ricadute della regolazione sull'ordinamento generale: le matrici della legalità.

Indipendentemente dalla valenza euristica del modello descrittivo sopra delineato, al giurista interessa passare dalla descrizione alla ricostruzione.

Occorre, dunque, ricercare una chiave appunto ricostruttiva adeguata e strettamente giuridica per inquadrare compiutamente e complessivamente il fenomeno analizzato in questa sede.

In particolare, occorre guardare all'ordinamento generale per misurare le ricadute che su di esso produce il modello della regolazione indipendente e per stabilire, in risposta al quesito posto al principio del presente lavoro, sino a che livello lo stesso ordinamento generale tolleri questo significativo cedimento della legalità.

Va preliminarmente osservato che il principio di legalità presenta aspetti e contenuti differenti, a seconda della situazione in concreto considerata. Anzi, appare ancora profondamente attuale l'affermazione secondo cui «mentre c'è assoluta concordia sul rilievo fondamentale che il principio ha (dovrebbe avere) negli ordinamenti moderni, ispirati alla teorica dello Stato di diritto, non c'è alcuna concordia sul modo in cui il principio opera (dovrebbe operare) rispetto ai poteri e alle attività delle amministrazioni pubbliche»<sup>69</sup>.

A tal proposito, sembra d'ausilio il ricorso a un approccio a cerchi concentrici, ove il primo cerchio (quello più grande e che, dunque, rappresenta la misura minima del principio di legalità) comprende, da un lato, il principio di preferenza della legge (o di «non contraddittorietà») e, dall'altro, la predeterminazione legislativa di un vincolo a carico dell'amministrazione di perseguire gli scopi eteronomamente fissati (dalla stessa legge o da atti di indirizzo): l'attività complessiva dell'amministrazione (compresa quella estrinsecantesi in moduli di diritto privato) non è, infatti, libera nel fine, ma è tenuta all'osservanza del «vincolo di scopo», nonché al perseguimento dell'interesse pubblico curato in concreto, che trova di regola la sua origine nella fonte di rango primario (c.d. «legalità-indirizzo», ove la legge, espressione della sovranità popolare, funge da guida dell'azione amministrativa nel suo complesso)<sup>70</sup>.

Bisogna però tener conto del fatto che non sempre l'attività amministrativa di diritto privato è soggetta al solo generico «vincolo di scopo»: se si pone mente, ad esempio, alla disciplina sulle società a partecipazione pubblica<sup>71</sup> si può constatare che i contratti di società e quelli aventi a oggetto l'acquisizione di partecipazioni societarie non possono essere conclusi al di fuori delle ipotesi tipizzate dalla legge e sempre che sia accertata l'inerenza dell'attività alle funzioni istituzionali dell'ente.

<sup>69</sup> F. G. COCA, voce «Attività amministrativa», cit., 85.

<sup>70</sup> C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982, *passim*. Cfr., altresì, M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996, 61 ss. V., poi, l'art. 1, c. 1 della l. 241/1990 ove si stabilisce che «(l)'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge (...)».

<sup>71</sup> D.lgs. n. 175/2016.

Ad ogni modo, l'adozione di una concezione della legalità – come è quella appena descritta – agganciata al solo vincolo di scopo dell'azione amministrativa non porrebbe particolari problemi – secondo una parte della dottrina – in ordine alla protezione delle situazioni giuridiche soggettive incise dal potere. Invero, in assenza di norme di legge scritte che predeterminino le modalità di esercizio del potere amministrativo (e che non sarebbero, quindi, censurabili mediante il vizio della violazione di legge), la sfera delle scelte discrezionali dell'amministrazione sarebbe, nondimeno, arginata dal vizio di eccesso di potere, che consentirebbe il sindacato *ex post* sul legittimo esercizio del medesimo, in virtù dell'immediata operatività dell'art. 113, Cost.<sup>72</sup>. Dunque, se la predeterminazione *ex ante* dell'esercizio del potere attraverso norme scritte è una scelta rimessa alla valutazione politica del legislatore, non altrettanto lo sarebbe – per l'esistenza dell'art. 113 Cost. – quella di elidere la garanzia “minima” della sua sindacabilità *ex post*, costituita dal vizio di eccesso di potere<sup>73</sup>.

La predeterminazione legislativa del fine rimarrebbe, invece, assorbita in quella del “mezzo” in un'ipotesi più circoscritta di quella dianzi esaminata, ossia quella corrispondente all'attività amministrativa di carattere autoritativo, intendendo con essa l'attività che incide unilateralmente sui diritti dei terzi. Qui il principio di legalità deve essere inteso nella sua accezione più rigorosa, ossia quella sostanziale<sup>74</sup>. Essa trova il proprio fondamento nella Costituzione e nel sistema delle riserve di legge ivi previsto, come ricordato anche dallo stesso giudice delle leggi<sup>75</sup>. Siffatta accezione comporta non solo la previa attribuzione con legge del potere (legalità come “conformità formale”, la quale appare invece piuttosto ricorrente con riguardo ai poteri amministrativi a contenuto normativo<sup>76</sup>) ma prescrive, altresì, al legislatore di definirne, per quanto possibile, il contenuto.

Viene, altresì, in evidenza nella dottrina un altro significato della legalità che, a differenza delle concezioni esaminate, fa leva sull'esigenza della “raffrontabilità” dell'azione amministrativa, a prescindere dalla natura della fonte: qui più che di legalità si parla propriamente di “legittimità” o di “legge in senso materiale”, al fine di ampliare il novero dei parametri attraverso cui si misura l'attività dell'amministrazione<sup>77</sup>: tra essi, oltre alla legge, vi sono regole scritte e

<sup>72</sup> R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 540 ss.

<sup>73</sup> Al riguardo si può richiamare quella posizione dottrinale (M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2011, 510) che qui appare giustificata alla luce dell'art. 113, Cost.

<sup>74</sup> In ragione del fatto che i poteri si concretizzano in provvedimenti, si comprende perché, con riferimento a questi ultimi, il principio di legalità si “tramuti” nel principio di tipicità, che impone che siano ammessi nell'ordinamento solo i provvedimenti tassativamente previsti dalla legge.

<sup>75</sup> V. Corte cost. n. 115 del 2011.

<sup>76</sup> Sull'evoluzione del rapporto tra legalità e attività amministrativa a contenuto normativo sia consentito il rinvio a P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 92 ss.

<sup>77</sup> F. LEVI, voce «Legittimità (dir. amm.)», in *Enc. Dir.*, Milano, XXIV, 1974, 124 ss.

non scritte, principi, «*criteri e regole di ordine tecnico insiti nella materia*»<sup>78</sup>, la *soft law*<sup>79</sup>, e così via, i quali, definibili volta per volta a seconda delle specificità del caso concreto, consentono che il potere sia esercitato in conformità allo scopo fissato dalla legge stessa<sup>80</sup>. D'altra parte, la preventiva regolamentazione – sia eteronoma (rispetto al soggetto che agisce) sia autonoma (mediante autovincoli di carattere generale) – dell'attività amministrativa è divenuta «*sempre più ampia e penetrante*», non limitandosi a predeterminare i poteri dell'amministrazione ma disciplinandone financo le finalità e i modi di esercizio: «*(p)ertanto, se si abbandona la forma autentica del principio di legalità e si sostituisce la legge formale con il ben più ampio concetto di legge in senso materiale (...), si può affermare che il principio di legalità non solo vige (in forma inautentica), ma vige come principio di legalità sostanziale (...)*»<sup>81</sup>. Va ribadito che una qualificata raffrontabilità, nel senso di una regolamentazione del potere che sia “prevedibile” dal suo destinatario (in quanto sufficientemente chiara, precisa e accessibile) emerge dall'esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, anche se con una finalità differente: quella, cioè, di proteggere talune libertà convenzionalmente sancite (come la proprietà o la libertà di circolazione) che potrebbero essere messe a rischio da poteri pubblici non sufficientemente prevedibili per l'incertezza generata dal parametro cui essi fanno riferimento<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 712.

<sup>79</sup> Si noti che la *soft law* può costituire, da un lato, un possibile parametro dell'azione amministrativa che “integra” la legalità intesa quale predeterminazione normativa dell'amministrazione, dall'altro lato, essa può però al contempo ritenersi incompatibile con la valenza più spiccatamente democratica del principio di legalità. In ogni caso, l'esigenza di predeterminazione normativa dell'attività amministrativa parrebbe comunque rispondere a una finalità di buon andamento dell'amministrazione.

<sup>80</sup> Appare interessante rilevare che tra i parametri cui si conforma l'attività amministrativa rientrano talora le classificazioni “tassativizzanti” elaborate dalla giurisprudenza; si pensi al riguardo agli indici sintomatici delle “situazioni indiziarie” che giustificano l'adozione di un'interdittiva antimafia (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743; 5 settembre 2019, n. 6105). Secondo Corte cost., 26 marzo 2020, n. 57, siffatte “situazioni indiziarie” «*sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale*».

<sup>81</sup> F. G. SCOCA, voce «*Attività amministrativa*», cit., 88, che aggiunge che «*(c)osì modificato, il principio di legalità non risponde più alla sua funzione originaria di presidio della prevalenza degli organi del potere legislativo sugli organi del potere esecutivo, ed ha assunto la funzione di (contribuire a) garantire la correttezza, la razionalità e l'imparzialità dell'azione concreta delle amministrazioni pubbliche, sottoponendola a regole generali ed astratte preventivamente stabilite ed universalmente conoscibili*». Secondo M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, cit., 742, «*ciò che veramente importa è che il compito (pubblicistico) trovi un fondamento nell'ordinamento giuridico*».

<sup>82</sup> Dalla stessa elaborazione giurisprudenziale della Corte edu sembra emergere un'ulteriore accezione del principio di legalità valevole nel caso in cui vengano in rilievo libertà – come quelle economiche – non espressamente contemplate dalla Convenzione: in questo caso l'esigenza di prevedibilità *ex ante* del potere parrebbe “lasciare il campo” a una più marcata “procedimentalizzazione” di quest'ultimo in funzione garantistica. Rispetto a tale interpretazione, sia consentito il rinvio, anche per i riferimenti alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, a P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 111 ss. La “legalità-procedurale” cui si riferisce la Cedu sembra in particolare intravedere nel procedimento amministrativo il “luogo” in cui la posizione giuridica – in genere di carattere economico-patrimoniale – del soggetto potenzialmente inciso dal potere può essere più efficacemente dife-

Infine, nella dottrina è affiorata una concezione della legalità come soggezione del potere ai principi generali del diritto amministrativo così come elaborati dalla giurisprudenza; ciò al precipuo scopo di rendere il potere giustiziabile attraverso un penetrante sindacato di legittimità *ex post* che “compensasse” il *deficit* della predeterminazione normativa *ex ante*<sup>83</sup>.

L'approccio decostruttivo nell'analisi del principio di legalità ha consentito di cogliere diverse “matrici” della legalità<sup>84</sup>, che sembrano distinguersi, o in ragione della specifica finalità cui sono preordinate, o per il particolare contesto istituzionale in cui sono state elaborate, oppure, ancora, per la diversa natura della fonte rispetto alla quale l'attività amministrativa deve “misurarsi”. Anche se in questi casi ogni forma di generalizzazione potrebbe essere foriera di fraintendimenti, non appare discutibile, invece, che il nucleo minimo e imprescindibile della legalità sia (almeno) costituito dalla predeterminazione legislativa del vincolo di scopo dell'attività amministrativa.

Le matrici della legalità così individuate possono essere utilizzate per verificare le anomalie delle estese potestà regolatorie affidate a talune Autorità indipendenti al fine di chiarire quale sia il livello minimo per decretare la tenuta dell'ordinamento generale e del principio di legalità rispetto a siffatto “cedimento”.

---

sa attraverso il riconoscimento in capo ad esso delle garanzie dell'«*equo processum*» di cui all'art. 6 Cedu. Al contrario, la legalità-procedurale che si richiama con riguardo alle *authorities* parrebbe individuare nel contraddittorio procedimentale non tanto una finalità di tipo garantistico, quanto piuttosto l'uso di una “matrice” della legalità per compensare *ex post* il *deficit* di legittimazione democratica cui versano le Autorità indipendenti.

<sup>83</sup> I principi sarebbero utilizzati dal giudice per “conformare” l'eterogeneità e la cedevolezza delle norme scritte (talora formulate in modo generico), sì da sindacare in modo penetrante e in chiave garantistica la discrezionalità amministrativa attraverso il vizio di eccesso di potere. Sul punto, v. M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, cit., 510; ID, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 144. Da un diverso punto di vista, i principi (*rectius* i «*principi generali dell'ordinamento*») integrano – ove lacunose – le norme di relazione allo scopo di soddisfare esigenze di unità dell'ordinamento e, di riflesso, contenere le spinte *extra ordinem* del potere di ordinanza: così R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, Giuffrè, 1990, 424 ss. secondo cui: «(l)a conformità alle esigenze di unità dell'ordinamento è imposta dal limite del ricorso ai principi dell'ordinamento giuridico, cioè dalle interpretazioni che delle singole disposizioni devono essere offerte per la convivenza di interessi giuridicamente considerati di pari grado nelle disposizioni di legge, perché degli stessi l'ordinamento non ha voluto offrire una relazione generale e astratta, ma unicamente relativa al caso concreto». L'enfasi sui principi è, altresì, posta da G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 755-756, ove si afferma che essi «sono ritenuti idonei ad assicurare il rispetto della riserva di legge».

<sup>84</sup> Con riferimento ai rimedi di precontenzioso dell'Anac, v. M. RAMAJOLI, *Brevi note sui rimedi di precontenzioso dell'Anac tra legalità processuale e termine di decadenza*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2020, 177 ss., la quale sembra individuare un'ulteriore matrice della legalità nel «principio di legalità processuale», ricavabile dall'art. 111, comma 1, Cost., il quale «*come impone che non sia il giudice a introdurre le regole processuali che dovrà poi applicare, parimenti esclude che sia l'Autorità anticorruzione a stabilire le regole para-processuali che sarà chiamata successivamente ad attuare*» (180).

## 6. Anomalie e matrice della legalità-indirizzo.

Il rispetto della legalità-indirizzo, che è generalmente valevole per l'attività amministrativa di diritto privato e che potrebbe corrispondere a una variante "attenuata" della matrice tradizionale della legalità-garanzia intesa come "conformità formale" (dove l'attenuazione è rappresentata dalla "debolezza" del fondamento legislativo, il quale è appunto individuato in un generico vincolo di scopo), non sembra porre particolari problemi.

L'unico limite che la legalità indirizzo incontra, infatti, è rappresentato dalle finalità legislativamente assegnate all'attività delle Autorità indipendenti, per cui non appaiono censurabili quei poteri – almeno di carattere para-normativo – posti in essere in funzione della realizzazione di tali finalità. In questo senso, lo scrutinio giurisdizionale in ordine all'osservanza del principio di legalità si risolve nella valutazione circa l'effettiva strumentalità del mezzo regolatorio rispetto al perseguimento delle finalità indicate, pur genericamente, dal legislatore<sup>85</sup>.

La matrice della legalità-indirizzo, in ogni caso, si rivela confacente a quelle elaborazioni dottrinali più vicine alle tesi funzionalistiche, le quali attribuiscono alle Autorità indipendenti un indiscusso ruolo di spicco nel panorama istituzionale<sup>86</sup>. La previsione di una "riserva" di competenza nei rispettivi settori o mercati di riferimento e la conseguente possibilità per le stesse di esercitare potestà implicite (ancorché funzionalizzate) pare, infatti, compatibile col principio di legalità solo se inteso, appunto, nel suo significato più debole, ovvero quello qui in esame di legalità-indirizzo.

Inoltre, la matrice della legalità-indirizzo potrebbe rivelarsi compatibile qualora (*recte* nella misura e a condizione che) le *authorities* facciano un «*uso non politico dei (propri) poteri neutrali*»<sup>87</sup>. Sebbene si sia più volte rimarcato che le funzioni svolte da alcuni di questi soggetti non siano del tutto insensibili agli interessi coinvolti e al perseguimento di specifiche *policies*, risulta comunque possibile individuare talune fattispecie in cui le funzioni di "arbitraggio" sono esercitate senza perseguire finalità *lato sensu* politiche.

In queste situazioni, l'esigenza di un rafforzamento della portata precettiva del principio di legalità potrebbe apparire non adeguatamente giustificata. Talvolta, infatti, l'Autorità, pur in mancanza di un preciso fondamento legislativo, può fare uso di poteri impliciti per compensare poteri privati troppo forti, senza che ciò comporti indesiderate intromissioni nel singolo rapporto contrattuale<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> Ove, invece, il potere implicito abbia carattere provvedimentoale, la sola finalità non appare sufficiente a fondarlo, in quanto è necessario, ai fini della compatibilità con l'ordinamento generale, un rafforzamento della portata precettiva del principio di legalità attraverso il ricorso alla matrice tradizionale della legalità-garanzia intesa almeno come "conformità formale". Ciò vale, in particolare, per quei poteri impliciti a contenuto ablatorio o sanzionatorio, qualora incidano su diritti e libertà oggetto di specifiche riserve di legge.

<sup>86</sup> V. par. 2.

<sup>87</sup> V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.* 1997, 372.

<sup>88</sup> Emblematici in tal senso sono i poteri conformativi di natura indennitaria, spettanti alle Autorità indipendenti di regolazione (come l'Agcom) in base alla previsione generale di cui

L'uso della suddetta matrice potrebbe ritenersi, altresì, adeguata qualora i poteri di regolazione esercitati dalle *authorities* non siano dotati di efficacia vincolante, bensì si limitino a fornire, ad esempio, indicazioni di carattere operativo per esigenze di semplificazione e buon andamento<sup>89</sup>. In questi casi non parrebbe giustificato un rafforzamento della portata precettiva del principio di legalità.

### **7. Anomalie e matrice della legalità-raffrontabilità.**

La legalità-indirizzo postula la predefinizione della finalità dell'attività delle Autorità indipendenti. Appare tuttavia indubbio che siffatta finalità potrebbe prestarsi a interpretazioni spesso svincolate da sicuri parametri giuridici, rendendo concreto il rischio di sacrificare anche quel nucleo minimo di garanzia di cui la legalità-indirizzo è espressione.

Un simile rischio potrebbe risultare ridimensionato se si considera il carattere eminentemente tecnico di taluni interventi posti in essere dalle Autorità indipendenti che ha portato parte della dottrina a valorizzare la matrice della legalità quale "raffrontabilità" o "predeterminabilità" dell'attività amministrativa a regole non necessariamente riconducibili alla legge in senso formale.

In questi casi, in considerazione dell'irrilevanza (ai fini del rispetto del principio di legalità colto nell'aspetto qui in esame) della natura e del grado della fonte di produzione della "regola", si assiste a un ampliamento del novero dei parametri attraverso cui si "misura" l'attività delle *authorities*: tra essi, assumono particolare rilevanza le regole della tecnica, che originano dalla dottrina, dai principi deontologici e, più in generale, dalla prassi specifica del settore coinvolto dall'intervento regolatorio<sup>90</sup>.

Il rispetto della legalità-raffrontabilità è comunque condizionato dalla presenza nell'ordinamento di parametri sufficientemente precisi da consentire, appunto,

---

all'art. 2, comma 20, lett. d), l. 481/1995, al fine di riequilibrare a tutela degli utenti la situazione alterata da un aumento dei prezzi non trasparente: sul punto, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2020, n. 987, che si è pronunciato in merito alla scelta, censurata dall'Agcom e comune a tutti i principali operatori di telefonia, verso una fatturazione dei servizi erogati con cadenza a 28 giorni, anziché parametrata al mese o a suoi multipli (es. il bimestre o il trimestre). Sempre con riferimento all'Agcom, un altro esempio di questa tendenza "riequilibratrice" può essere ravvisato nei poteri regolatori in materia di tutela del diritto d'autore su internet, ove lo scopo pare quello di fornire maggiore tutela al soggetto debole del rapporto, che di regola è costituito dal titolare del diritto d'autore.

<sup>89</sup> Si pensi alle linee guida non vincolanti dell'Anac in materia di trasparenza amministrativa, oppure a quelle – altrettanto non vincolanti – in tema di contratti pubblici: cfr. P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 209 ss. e 265 ss.

<sup>90</sup> Ciò varrebbe soprattutto nei settori in cui operano la Banca d'Italia, la Consob e l'Ivass: G. MORBIDELLI, *Il potere regolamentare di ISVAP dopo il Codice delle Assicurazioni*, in *Scritti in onore di Giovanni Grottanelli de Santi*, cit., 599 ss. ID, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 712 ss. Come già ricordato *supra*, la regola tecnica non costituirebbe soltanto un "canone" per il corretto esercizio della funzione, ma anche un "parametro" per la sindacabilità *ex post* dell'atto emanato, tanto più penetrante quanto più risulti analitica la motivazione che accompagna l'atto finale.



il “raffronto” con i poteri in concreto esercitati.

### 8. Anomalie e matrice della legalità-prevedibilità.

La “raffrontabilità” del potere costituisce una caratteristica propria anche di un'altra matrice della legalità, che si è colta nell'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. In quel contesto, però, rispetto alla legalità-raffrontabilità, la matrice in esame gode di una carica funzionale piuttosto marcata, avendo come obiettivo essenziale quello di proteggere talune libertà fondamentali convenzionalmente sancite (es. proprietà e libertà di circolazione), che potrebbero essere messe a rischio da poteri pubblici non sufficientemente prevedibili per l'incertezza generata dal parametro cui essi fanno riferimento. La considerazione della legalità-prevedibilità, elaborata dalla giurisprudenza della Cedu in vista di una maggiore certezza del diritto, parrebbe rilevare sotto un triplice profilo.

Da un punto di vista funzionale, è innegabile che le esigenze di certezza del diritto mal si conciliano con la natura spesso implicita (e quindi per definizione imprevedibile *ex ante*) dei poteri attribuiti alle Autorità indipendenti.

Da un punto di vista più propriamente oggettivo, invece, si è constatato che, nel sottosistema di nostro interesse, vengono perlopiù in gioco libertà economiche, le quali non paiono rientrare direttamente nell'alveo di applicazione della matrice della legalità-prevedibilità<sup>91</sup>.

Infine, sempre nell'ottica della Cedu, le libertà economiche possano venire in rilievo, non tanto alla luce dell'art. 1, primo protocollo, quanto in riferimento all'art. 6 della Convenzione<sup>92</sup>.

L'estensione delle garanzie dell'«equo processo» *ex art. 6 Cedu* anche ai procedimenti amministrativi che incidono sulle libertà economiche si “salda” con la matrice della legalità-procedurale sovente richiamata – ancorché a fini differenti – dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel sottosistema delle *authorities*.

### 9. Anomalie e matrice della legalità-procedurale.

L'accennato riferimento alla legalità-procedurale nel sottosistema delle Autorità indipendenti permette ora di indugiare sul concreto funzionamento di questa matrice, cui spesso si richiamano la dottrina e la giurisprudenza per giustificare il c.d. *deficit* democratico delle Autorità.

A tal fine, bisogna preliminarmente precisare che le matrici della legalità-raffrontabilità e della legalità-prevedibilità, le quali presuppongono l'irrelevanza della natura e del rango del parametro attraverso cui saggiare la legittimità dell'attività delle *authorities*, sono prevalentemente elaborate in funzione garantistica e sono dunque sbilanciate a favore di una sola delle due “anime” del prin-

<sup>91</sup> Anche a voler considerare predicabile tale matrice nei confronti dei poteri delle *authorities* sarebbe comunque necessaria, nei limiti di quanto già precisato sopra, la presenza di un loro fondamento (anche se solo meramente formale) nella fonte di rango primario.

<sup>92</sup> V. *supra* nota 83.

cipio di legalità. Esse non sono, al contrario, sufficienti a soddisfare la valenza democratica del principio di legalità o, meglio, all'uso della legalità-procedurale per compensare i *deficit* democratici.

Si noti che questi *deficit* paiono ancora più vistosi nei casi in cui l'attività delle *authorities* non si sostanzia nell'adozione di misure dal contenuto squisitamente "tecnico", ma sia espressione di una scelta dal sapore più schiettamente politico in funzione di direzione o di indirizzo del settore di competenza dell'Autorità che l'ha compiuta<sup>93</sup>. Al riguardo non si può non notare come il tasso di "politicalità" insito nelle funzioni delle *authorities* sia potenzialmente elevato, nella misura in cui la genericità e l'eterogeneità delle finalità che sono a esse legislativamente conferite comporta non solo l'espansione degli strumenti impliciti a loro disposizione, ma anche la possibilità che gli scopi istituzionali siano essi stessi plasmati dalle singole Autorità<sup>94</sup>.

Soccorrerebbe (appunto) la legalità-procedurale.

Su tale questione, come anticipato, parte della dottrina e la giurisprudenza amministrativa appaiono particolarmente sensibili. La legalità procedurale è essenzialmente utilizzata per ripristinare dal "basso" la democraticità dei processi decisionali pubblici delle *authorities* attraverso il "dialogo" procedimentale con i soggetti interessati, al fine di rendere conformi con l'ordinamento le proprie scelte regolatorie.

È lecito tuttavia dubitare sull'effettiva adeguatezza della legalità procedurale al "recupero" della legalità-garanzia (e, quindi, della legittimazione democratica). Intanto, è condivisibile l'assunto secondo cui «(...) la partecipazione, dal punto di vista giuridico, non è un fattore di legittimazione del potere»<sup>95</sup>; inoltre, la premessa da cui muove la tesi sopra menzionata è difficilmente accettabile nella sua interezza, in ragione dell'esclusiva titolarità del potere decisionale in capo alle *authorities* e dell'irrealizzabilità di un contraddittorio assolutamente paritario tra regolatore e regolato<sup>96</sup>; non può, poi, sottovalutarsi come un'enfasi eccessiva sul procedimento possa essere portatrice del rischio di "cattura" del regolatore da parte del regolato, nonché della potenziale paralisi dell'attività decisoria delle Autori-

<sup>93</sup> In generale, sulla natura *lato sensu* politica dei poteri dell'Agcm, v. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., 128 ss. Va invero precisato che parte della dottrina esclude che la natura squisitamente tecnica dei poteri di alcune *authorities* giustifichi un totale affrancamento dal modello delineato dall'art. 95 Cost.: sul punto, v. E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2019, 250.

<sup>94</sup> Se la definizione delle finalità dell'attività delle Autorità è sostanzialmente rimessa alle Autorità medesime sembra necessario un rafforzamento dei limiti al ricorso di potestà implicite, alla luce della carenza di legittimazione democratica di tali soggetti, che li rende di fatto immuni sul piano della responsabilità politica.

<sup>95</sup> A. TRAVI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit., 4. Come peraltro ricordato da M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, cit., 179, «un'eccessiva enfasi sulla legalità procedimentale rischia di depotenziare la centralità che invece deve continuare a possedere la norma attributiva del potere nel nostro ordinamento democratico».

<sup>96</sup> Cfr., ancorché con riferimento all'Agcm (ma l'assunto può, beninteso, essere esteso anche alle altre *authorities*), A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., 135.

tà<sup>97</sup>.

La legittimazione democratica potrebbe essere, piuttosto, parzialmente recuperata attraverso il rapporto di legittimazione politica delle *authorities* con il Parlamento<sup>98</sup>, che è l'organo costituzionale che, in effetti, investe tali soggetti di pubbliche funzioni, ne nomina i vertici e ne controlla l'operato, non solo attraverso l'esame della relazione annuale sull'attività svolta che le Autorità hanno l'obbligo di predisporre e illustrare annualmente all'organo parlamentare, ma anche mediante il ricorso a ulteriori meccanismi di controllo<sup>99</sup>.

## 10. Anomalie e matrice della legalità per principi.

In dottrina è emersa un'ulteriore “matrice” della legalità come soggezione del potere ai principi generali del diritto amministrativo così come elaborati dalla giurisprudenza. D'altra parte, se la mancata fissazione di regole scritte poste previamente per disciplinare l'esercizio del potere costituisce una facoltà concessa al legislatore, viceversa costituzionalmente imposta, ai sensi dell'art. 113, Cost., è la garanzia minima della sua giustiziabilità per il tramite dell'eccesso di potere<sup>100</sup>, e i principi possono assolvere anche a questa funzione (pur se l'eccesso di potere subisce l'erosione della violazione di legge, nel senso che vi è la tendenza a qualificare il mancato rispetto di un principio come violazione di legge).

In mancanza di un quadro normativo certo e immediatamente intelligibile come quello in cui sono “costrette” ad operare le *authorities*, la giurisprudenza amministrativa si è meritoriamente fatta carico del compito di esercitare, da una parte, un più penetrante sindacato attraverso i principi, tra cui, in particolare, quelli di ragionevolezza e proporzionalità; dall'altra, a valorizzare l'elemento fattuale allo scopo di verificare se l'azione delle Autorità fosse retta da criteri di razionalità scientifica: gioca in tal senso un ruolo decisivo l'*iter* motivazionale, che ha lo scopo di esplicitare la consequenzialità della specifica regolamentazione ai fini assegnati dalla legge<sup>101</sup>. È dunque evidente la particolare funzione compensativa svolta dalla matrice della legalità per principi al fine di tentare di

<sup>97</sup> Un simile approccio è, però, particolarmente utile in chiave di superamento di asimmetrie informative che possono affliggere l'amministrazione: in argomento, v. M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1999, 12-13; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2014, 88-89.

<sup>98</sup> Sul punto, v. M. DE BENEDETTO, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., 384 ss.; ID., voce «*Autorità indipendenti*», cit., 589-590; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., 152.

<sup>99</sup> Si pensi, in tal senso, alla istituzione, nel corso della XVII<sup>o</sup> legislatura, di una commissione parlamentare d'inchiesta al fine di accertare eventuali responsabilità delle Autorità di vigilanza sul sistema bancario e finanziario (*in primis*, Banca d'Italia e Consob), in ordine alle note vicende legate alla sottoscrizione di obbligazioni subordinate emesse da alcuni istituti di credito poi risultati insolventi.

<sup>100</sup> R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'art. 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, cit., 540 ss.

<sup>101</sup> D. SIMEOLI, voce «*Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*», cit., 143.

ovviare all'indeterminatezza della legge e ai “difettosi” parametri normativi di “raffrontabilità” del potere di regolazione.

La legalità per principi si rivela, invero, particolarmente confacente alle peculiarità del sottosistema delle Autorità indipendenti<sup>102</sup>. Incidentalmente va notato come la necessità di ricondurre a sistema un materiale giuridico molto disparato e di effettuare un penetrante sindacato muovendo dai principi possa essere uno degli argomenti a favore della sopravvivenza della giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto soggetto giurisdizionale all'uopo più attrezzato (in ragione della propria storia, cultura, e preparazione).

Per converso, non si può non evidenziare come il principio di legalità “filtrato” esclusivamente attraverso il sindacato giurisdizionale sul vizio di eccesso di potere non sembri del tutto adeguato a fornire una tutela certa ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive incise dal potere. Esso comporterebbe un elevato tasso di creatività giurisprudenziale. È noto, infatti, che i fini affidati dalla legge alle *authorities* sono spesso confliggenti, non coordinati, non omogenei, né predeterminabili, determinando rischi di sovrapposizione delle decisioni giurisdizionali alle valutazioni discrezionali dell'Autorità: in definitiva, il giudice rischia di diventare esso stesso un regolatore<sup>103</sup>.

## **11. La verifica *a contrario* partendo dalle funzioni.**

Giunti a questo punto dell'analisi, occorre ora procedere *a contrario*, verificando per i poteri regolatori delle *authorities* le matrici della legalità che risultano rispettate e quelle che si reputano necessarie a rendere sostenibili le anomalie più volte ricordate.

Intanto, la legalità riferita alla istituzione (con legge) del soggetto (su cui non ci si è soffermati, in quanto essa è chiaramente desumibile dall'art. 97 Cost.) è rispettata, atteso che tutte le *authorities* rinvergono il proprio fondamento in una fonte di rango primario.

Procedendo con il resto dei poteri, premesso che in ogni caso non può essere varcato il limite della non contraddittorietà con la legge e che occorre comunque un'attribuzione pur generica del potere, si può osservare che quelli – an-

<sup>102</sup> Riveste cruciale importanza il principio di proporzionalità quale “parametro” a disposizione del giudice amministrativo per eventualmente arginare una potenziale deriva regolatoria implicita dell'Agcm attraverso lo strumento degli impegni. Oppure, si ponga mente alla rilevanza del principio di ragionevolezza per il sindacato giurisdizionale sulle linee guida (specie quelle non vincolanti) dell'Anac in materia di contratti pubblici. Se si vuole, su questi temi, cfr. P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 170 ss. e 269 ss.

<sup>103</sup> Secondo M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, cit., 280 ss., «la conformazione spiccatamente finalistica della normativa di liberalizzazione, l'essere quest'ultima un processo che si dispiega per gradi in un lungo arco temporale e la funzione stessa della regolazione, essenzialmente rivolta a mantenere questo processo entro il solco degli obiettivi fissati dalla legge, sono tutti elementi che paiono inclinare quasi naturalmente il sindacato giurisdizionale in materia verso una trasformazione creativa delle finalità della regolazione in un sistema di principi giuridici atti a condizionarne lo svolgimento». Analogamente, e in termini senz'altro positivi, v. F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, cit., 382-383; C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'Anac*, cit., 27.

corché molto ampi – para-normativi devono conformarsi alla legalità-indirizzo, che rappresenta il livello di garanzia minimo al di sotto del quale i poteri in questione sarebbero considerati inammissibili. Il rispetto di tale matrice (che è assicurato dalla verifica positiva circa la strumentalità del potere implicito alla finalità legislativamente prefissata) risulta pertanto certamente necessario ai fini del giudizio di sostenibilità delle “anomalie” in esame. Il mancato rispetto della legalità-garanzia (come conformità-formale) può essere, invece, tollerato, a condizione che vi sia la portata generale e astratta del contenuto dei suddetti poteri.

I medesimi poteri para-normativi non devono conformarsi alla legalità-prevedibilità almeno accedendo alla tesi secondo cui le più pregnanti garanzie Cedu assistono soltanto le libertà convenzionalmente protette (come la proprietà), mentre devono conformarsi alla legalità-raffrontabilità, laddove essa sia predicabile. Essi, infine, devono conformarsi alla legalità-procedurale e alla legalità per principi<sup>104</sup>.

Si può dunque affermare che le matrici necessarie al fine di esprimere un giudizio di sostenibilità circa il cedimento oggettivo (o anomalia) della legalità – costituito dalla regolazione e dai poteri impliciti che su di essa si innestano – sono la legalità-indirizzo, la legalità-raffrontabilità, la legalità-procedurale e la legalità per principi.

## 12. Attenuazioni e compensazioni tra matrici diverse. Dall'oggetto al soggetto.

L'indagine ha mostrato che i poteri di regolazione delle *authorities* si conformano soltanto a talune delle matrici della legalità sopra individuate.

Questa incompiutezza non appare sufficiente a compromettere seriamente la sostenibilità delle suddette “anomalie”, nella misura in cui le matrici che sono in concreto rispettate siano idonee a “compensare” quelle mancanti o deficitarie. Ad esempio, quando non operi la legalità-raffrontabilità, diviene essenziale la legalità per principi al fine di compensare la pur “debole” presenza della legalità-indirizzo<sup>105</sup> e di garantire comunque un accettabile sindacato.

<sup>104</sup> Volgendo l'attenzione ai poteri (impliciti) provvedimentali delle *authorities*, pur non esaminati in questa sede, essi non paiono ammissibili nell'ordinamento in quanto non possono legittimamente essere ricavati da una finalità, ancorché legislativamente prefissata. La portata puntuale e concreta del contenuto di tali poteri, unita alla possibile compressione della sfera giuridica dei suoi destinatari, infatti, richiede non soltanto il rispetto della legalità-indirizzo, ma anche l'osservanza della legalità-garanzia (almeno intesa nel senso di “conformità formale”). In ogni caso, anche se espliciti (in quanto rispettosi della legalità-garanzia), i poteri provvedimentali devono conformarsi alla legalità-raffrontabilità (ove predicabile), alla legalità-procedurale e alla legalità per principi. In altri termini, i poteri impliciti provvedimentali, in quanto non rispettosi della legalità-garanzia, non sono sostenibili e ciò esime da ulteriori indagini circa il rispetto delle altre matrici. Sono sostenibili, invece, poteri provvedimentali espressamente previsti dalla legge, nella misura in cui si conformano alla legalità-raffrontabilità, alla legalità-procedurale (nell'ottica della Cedu) e alla legalità per principi.

<sup>105</sup> “Debolezza” che è, appunto, ravvisabile nell'elevata incertezza del parametro di “raffrontabilità” del potere (che coincide, per l'appunto, con uno o più obiettivi indeterminati).

In aggiunta alla spiegazione fondata sulla logica della “compensazione”, può anche essere di qualche utilità riprendere la suggestione che guarda all’oggetto come momento costitutivo del soggetto<sup>106</sup>.

Si è infatti messa in luce la stretta contiguità tra i poteri affidati alle *authorities* e la “fisionomia” delle *authorities* stesse, nel senso che l’eventuale censura nei confronti dell’attività (o di parte di essa) delle Autorità indipendenti potrebbe inevitabilmente ripercuotersi sulla loro stessa ragione di esistenza.

Il rilievo potrebbe dunque indicare una via diversa per ulteriormente spiegare l’allentamento di alcune matrici<sup>107</sup>: sembra evidente la cruciale rilevanza, ai fini dell’adempimento della *mission* affidata dall’ordinamento, dell’ampio potere di regolazione che alcune Autorità esercitano nei settori di loro competenza.

Al riguardo, si può aggiungere che proprio la considerazione congiunta del binomio soggetto-oggetto giustifica l’attenuazione della matrice della legalità-prevedibilità con riferimento alla regolazione. Mentre, infatti, la prevedibilità presuppone la “stabilità” dell’oggetto interessato dall’azione, la regolazione, che incida su un ambito complesso aperto e in divenire (proprio perché forgiato dalla regolazione medesima), non consente di per sé di prefigurare in modo puntuale le premesse e i contenuti della medesima. Si conferma, dunque, che siamo al cospetto di un potere al contempo molto ampio, non privo di una “ti-

<sup>106</sup> V. par. 3.

<sup>107</sup> Più in generale (soprattutto con riguardo ai poteri di carattere para-normativo), prevale, come già anticipato, un tipo di “controllo” sul rispetto del principio di legalità meno inflessibile di quello esercitato su altri comparti dell’attività amministrativa. Invero, non possono tacersi alcuni ulteriori profili critici, estranei alla questione della legalità. Un uso poco sorvegliato di potestà para-normative, ad esempio, potrebbe sia produrre fenomeni di *regulatory inflation* per scopi non necessariamente pertinenti al ruolo di “arbitri” neutrali dei mercati o settori di rispettiva competenza, con il conseguente rischio di intrusioni sproporzionate rispetto agli obiettivi legislativamente assegnati (il rischio è stato particolarmente avvertito in materia di contratti pubblici alla luce dell’ampio potere di regolazione affidato all’Anac: cfr. Cons. Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855; 2 agosto 2016, n. 1767), sia determinare rischi di sovrapposizione di competenze tra più Autorità. Emblematico è il caso dell’Autorità di regolazione dei trasporti. Alla luce della rilevanza e dell’ampiezza delle funzioni e dei poteri attribuiti a tale Autorità, le competenze della stessa entrano, infatti, in contatto con le competenze di altri organismi (es. enti pubblici territoriali, enti strumentali, enti parastatali, altre Autorità indipendenti). In proposito, l’art. 37, c. 4, d.l. n. 201/2011, conv. in l. n. 214/2011 (che ha istituito l’Autorità di regolazione dei trasporti) stabilisce che: «(r)estano ferme tutte le altre competenze diverse da quelle disciplinate nel presente articolo delle amministrazioni pubbliche, statali e regionali, nei settori indicati; in particolare, restano ferme le competenze in materia di vigilanza, controllo e sanzione nell’ambito dei rapporti con le imprese di trasporto e con i gestori delle infrastrutture, in materia di sicurezza e standard tecnici, di definizione degli ambiti del servizio pubblico, di tutela sociale e di promozione degli investimenti (...)». Con riferimento specifico ai rapporti con altre Autorità indipendenti, lo stesso d.l. riconosce la possibile sovrapposizione o duplicazione di funzioni e poteri tra più autorità relativamente ai settori di competenza dell’Autorità dei trasporti. Infatti, si prevede che restino ferme e che possano essere contestualmente esercitate le competenze dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, dell’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (ora Autorità nazionale anticorruzione) e dell’Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali di cui all’art. 36, d.l. n. 98/2011. La composizione della fitta e disordinata trama di competenze pubblicistiche nel settore dei trasporti è, dunque, sostanzialmente rimessa all’interprete, il quale deve farsi carico di riunire e comporre i numerosi “frammenti” di competenze in materia di trasporti.

pizzazione” e i cui esiti non possono essere compiutamente prefigurati prima del suo “farsi”.

### 13. Dalle matrici della legalità al problema della legittimazione democratica e del ricorso coerente alla logica sistemica.

Dalla sintesi sin qui compiuta è rimasto invero estraneo un profilo essenziale. Emerge cioè che il vero problema relativo alle Autorità indipendenti attiene non tanto ai singoli segmenti dei loro poteri, ma innanzi tutto al fatto che essi sono esercitati da un soggetto che non ha ricevuto una piena investitura politica.

Decisiva è cioè la questione concernente la legittimazione democratica del soggetto. Essa impone di spostare l'indagine dal piano oggettivo a quello soggettivo, atteso che il sistema delle Autorità, anche a prescindere dal tema delle matrici della legalità, deve essere compatibile con l'ordinamento nel suo complesso (e già si è anticipato che, pur a fronte di autorevole voci di segno opposto, la legalità-procedurale – “a valle” – non sembra in grado di colmare e compensare la lacuna “a monte” di democraticità).

Per altro verso, allargando lo sguardo, si intravede un ulteriore problema: se l'ordinamento “si appoggia” a un modello sistemico (nel senso che pone una disciplina ispirandosi a esso), adottandone la logica, quel modello deve essere utilizzato in modo coerente.

Dal primo punto di vista, è sufficiente ricordare che, se nel modello sistemico l'ampia gestione adattativa e flessibile dei “processi” giuridici da parte delle Autorità indipendenti di regolazione è fondata sull'*accountability* tecnica di tali soggetti, lo stesso rilievo non può valere nella logica ordinamentale, ove la sola legittimazione tecnica non risulta sufficiente, essendo viceversa necessaria una qualche *accountability* politica (art. 95, Cost.), ed è significativo che sia appunto questo il profilo meno convincente che emerge applicando le matrici della legalità<sup>108</sup>.

Passando al secondo corno del problema (relativo all'impiego non coerente del modello e dell'approccio sistemico da parte dell'ordinamento che pure a esso pare ispirarsi), si può ricordare come l'utilizzo, da parte di talune Autorità, di strumenti di regolazione flessibile sia da salutare con favore in sostituzione di regole rigide e puntuali poste “dall'alto”, a condizione che tali strumenti consentano al soggetto chiamato ad applicarli la possibilità di discostarsi alla luce delle specificità della fattispecie concreta.

Con specifico riferimento alla regolazione dell'Anac in materia di contratti pubblici, si è criticata la circostanza che taluni atti regolatori (come le linee guida vincolanti) non potessero essere derogati dalle stazioni appaltanti<sup>109</sup>. Ciò in-

<sup>108</sup> La stessa giurisprudenza ha più volte evidenziato che «nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio» (corsivo dell'A.).

<sup>109</sup> Sia consentito rinviare a P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit.,

fatti implicava un ritorno alla logica istituzionale delle “regole” a discapito di una minore “competenza” del soggetto tecnicamente più attrezzato. In questa logica, le linee guida (vincolanti) trasfigurano in poteri para-normativi rispetto ai quali si (ri)attivano necessariamente le matrici della legalità<sup>110</sup>. L’obbligatorietà delle indicazioni contenute in questi atti non sembra peraltro del tutto coerente né con gli obiettivi di semplificazione ed efficienza del sistema, né con l’idea che un soggetto specializzato, pur autorevole e indipendente come l’Anac, deve dialogare con altri soggetti competenti che, in un sistema aperto, complesso e in divenire, devono poter decidere. Il disegno del legislatore sarebbe stato forse più coerente se avesse attribuito all’Anac la facoltà di emanare (solo) strumenti di regolazione non vincolanti: apparirebbe, infatti, più in linea col sistema la previsione di un soggetto molto specializzato che raccomanda e consiglia, piuttosto che un soggetto che si comporta come un “badante” che decide al posto dei soggetti sottoposti alla sua “cura”<sup>111</sup>.

Infine, posto che il modello postula una marcata competenza tecnica, esso entrerebbe in crisi nell’ipotesi in cui le Autorità, smarrendo questo carattere, esprimessero propri indirizzi in senso lato politici.

Se il ricorso al modello sistemico non può giustificare deroghe sul piano dell’ordinamento generale, occorre nondimeno considerare che un assetto adeguato di sistema può anche essere raggiunto e/o preservato con l’uso sorvegliato dei poteri da parte delle Autorità all’interno di una corretta e continua “dinamica di processo”, secondo un incessante adattamento, sostenibile e responsabile, dell’esercizio delle funzioni, che tenga in debito conto i rapporti tra (e le esigenze di) politica, tecnica e mercato.

---

312 ss.

<sup>110</sup> La dottrina sembra infatti concorde nel qualificare le linee guida vincolanti alla stregua di atti soggettivamente e oggettivamente normativi: cfr., G. MORBIDELLI, *Linee guida dell’Anac: comandi o consigli?*, cit., 287 ss. In termini analoghi, anche in ordine ai riflessi sul sindacato giurisdizionale, v. F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, cit., 403 ss.; M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, cit., 864 ss.; M. P. CHITI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., 436 ss.

<sup>111</sup> Non è un caso che con il d.l. n. 32/2019, conv. in l. n. 55/2019, il legislatore sia nuovamente intervenuto per “restituire” alla fonte governativa rilevanti ambiti materiali della disciplina attuativa del codice dei contratti pubblici originariamente sottoposti alla regolazione vincolante dell’Anac: v. par. 1.