per la violazione delle circolari amministrative), potendo perciò, essa stessa determinare l'invalidità dell'atto applicativo non conforme[151].

Di irrilevanza giuridica parrebbero, invece, connotati gli effetti dei «comunicati» del presidente dell'Anac, «con i quali l'Autorità si limita ad esprimere, in funzione collaborativa e di supporto alle stazioni appaltanti, il proprio orientamento in ordine all'applicazione ed interpretazione della normativa di settore»[152].

Anche se apparentemente assimilabili allo "schema" delle linee guida non vincolanti per la loro funzione di orientamento o di *moral suasion*, i comunicati del presidente dell'Anac non avrebbero alcun fondamento né nelle funzioni di regolazione flessibile, né in quelle (di vigilanza e di precontenzioso) attribuite all'Anac dagli artt. 211 e 213 del codice: «per quanto a norma dell'art. 213 d.lgs. n. 50/2016 il novero dei poteri e compiti di vigilanza affidati all'Anac sia invero penetrante ed esteso (…), non può ammettersi nel vigente quadro costituzionale, in tal delicato settore, un generale vincolante potere interpretativo con effetto *erga omnes* affidato ad organo monocratico di Autorità amministrativa indipendente, i cui comunicati ermenutici – per quanto autorevoli – possono essere senz'altro disattesi». Si consideri, inoltre, che per la formazione di tali atti – diversamente dalle linee guida – non è previsto alcun procedimento partecipato[153].

Ne consegue, sul piano sostanziale, che le stazioni appaltanti possono discostarsi da tali "pareri atipici" senza fornire alcuna motivazione sulla diversa scelta amministrativa; sul piano processuale, invece, l'eventuale impugnativa del comunicato sarebbe dichiarata inammissibile per carenza di interesse a ricorrere[154].

## 9. *Un primo bilancio: una conferma delle peculiarità delle linee guida dell'Anac*

È di tutta evidenza la rilevanza del contributo offerto dalla giurisprudenza amministrativa e, in particolare, di quella consultiva del Consiglio di Stato, allo scopo di "affinare" questo strumento peculiare di regolazione, sino a oggi inedito nella materia che ci occupa.

[151] Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.5.3.

[152] Così Tar Lazio, Roma, sez. II, 4 agosto 2017, n. 9195.

[153] Tar Umbria, ord. 31 maggio 2017, n. 428.

[154] Tar Lazio, Roma, sez. II, 4 agosto 2017, n. 9195; Tar Umbria, ord. 31 maggio 2017, n. 428.

Al contrario delle linee guida "ministeriali", che sono atti soggettivamente e oggettivamente normativi assimilabili ai regolamenti di cui all'art. 17, comma 3, l. n. 400/1988, le linee guida "vincolanti" non acquisirebbero il tenore di fonti del diritto, essendo espressione di un potere regolatorio, analogo a quello esercitato da altre Autorità indipendenti, che si sostanzia in atti amministrativi generali privi di portata normativa, seppure connotati da alcune specificità.

Tra i caratteri peculiari di siffatti atti di regolazione emerge sicuramente – anche perché impressa dalla legge – la natura "flessibile", cui si affianca, talvolta sovrapponendosi, il richiamo non infrequente al concetto di "*soft law*". Sul punto, non si può, però, non evidenziare il ridimensionamento che il Consiglio di Stato sembrerebbe operare rispetto alla carica evocativa di questi concetti indeterminati, i quali paiono rilevare non tanto sul piano degli effetti giuridici delle linee guida[155], quanto, invece, in riferimento al procedimento di formazione[156] e/o alla formulazione elastica e discorsiva del precetto[157].

Nonostante talune ambiguità interpretative, le linee guida "non vincolanti" sarebbero, invece, atti amministrativi in senso proprio, riconducibili alle circolari amministrative e, dunque, esprimerebbero comunque un grado (seppure attenuato) di obbligatorietà, almeno nei confronti delle stazioni appaltanti: ciò sarebbe sufficiente a escluderne

[155] In alcuni pareri resi dalle commissioni speciali, il Consiglio di Stato non ha mancato, invero, di fare riferimento al concetto di *soft law* a proposito degli effetti prodotti dalle linee guida: «Per quanto le linee guida di cui si discute siano giuridicamente vincolanti, è pur sempre vero che sulla fase dell'adozione prevale quella dell'attuazione e che la loro fortuna riposa sul principio di effettività assai più che su quello della cogenza formale» (Cons. Stato, comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1920; comm. spec., 10 gennaio 2017, n. 22).

[156] Cons. Stato, comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2282: «(i)n conclusione, la "flessibilità" delle linee guida, prevista dalla legge delega e declinata dal codice, assume un diverso significato con riguardo alla linee guida non vincolanti o vincolanti dell'ANAC, e alle linee guida ministeriali. Nel caso di linee guida non vincolanti, la "flessibilità" si riferisce sia al procedimento di adozione, che agli effetti della regola. Nel caso delle linee guida vincolanti (e) ministeriali, la flessibilità attiene al procedimento di formazione, ma non anche alla natura ed effetti della regola posta con tale procedimento, che resta una regola generale e astratta, e vincolante per i destinatari».

[157] Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 767, par. 4.2: «(u)lteriore e più rilevante rischio insito nel nuovo strumento (i.e. le linee guida non vincolanti) è quello di trascendere rispetto alla funzione tipica di *soft law*, attraverso l'irrigidimento delle regole, intervenendo così in modo tendenzialmente onnicomprensivo nei margini di apprezzamento discrezionale riconosciuti dal codice alle stazioni appaltanti e di appesantimento dell'azione amministrativa (…)».

l'inserimento nel "contenitore" della *soft law.* Quest'ultima potrebbe, al contrario, assumere una qualche rilevanza rispetto ai comunicati del presidente dell'Anac, in ragione della sostanziale irrilevanza giuridica che, specie in sede di contenzioso, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto di assegnare a questi atti interpretativi.

Non si possono, inoltre, sottacere le ulteriori peculiarità delle linee guida rispetto agli atti di regolazione di altre *authorities,* che riguardano l'oggetto, i soggetti destinatari e le finalità.

Quanto all'oggetto sul quale esse intervengono (i.e. il "mercato" dei contratti pubblici), si è già rilevato come quest'ultimo sia creato e plasmato "artificialmente" dalla legge e dalla regolazione dell'Autorità[158]. Esso, poi, non può essere definito come un "mercato" propriamente detto, essendo molto più ampio e – come si spiegherà meglio *infra*[159] – avendo come baricentro la fattispecie contrattuale nel suo complesso. Oltre all'oggetto, anche gli attori del mercato presentano delle particolarità, atteso che i principali destinatari delle linee guida sono i soggetti deputati all'affidamento di commesse pubbliche. Infine, le finalità della regolazione sono molteplici ed eterogenee, non essendo possibile individuare un valore o un interesse pubblico che sia prevalente sugli altri[160].

Ancora, a differenza degli atti regolatori di altre Autorità, si può evidenziare la particolarità del "controllo" esercitato sulle linee guida dell'Anac da parte del giudice amministrativo. In questo caso la differenziazione è duplice e riguarda sia la "sede" del controllo sia la tipologia: a differenza di altri atti regolatori, il giudice amministrativo è, infatti, interpellato già prima dell'emanazione dell'atto finale. Più precisamente, in questa sede "consultiva", il Consiglio di Stato esercita principalmente un controllo «di conformità» della linea guida al dettato legislativo, tanto più pervasivo quanto dettagliato risulti il parametro, come accade in genere per le linee guide vincolanti[161]. Risulta, vi-

[158] Cap. I, par. 11.

[159] Par. 12.

[160] Cap. I, par. 11.

[161] Talvolta il Consiglio di Stato, nell'esercizio della sua attività di *advisory board,* ha posto non solo limiti negativi (cosa l'Autorità non può fare in base alla legge) ma anche positivi all'Anac (cosa deve fare): per un esempio concreto, v. Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 767, par. 4.7, in ordine alle linee guida sull'OEPV e, in particolare, all'originario obbligo di prevedere la riparametrazione dei punteggi tecnici attribuiti a ciascun criterio di valutazione delle offerte. Sul punto, il Consiglio di Stato, oltre a non ritenere corretto rendere la riparametrazione obbligatoria, ha evidenziato l'opportunità di specificare che, in assenza di previsioni nel bando di gara, alla com-

ceversa, di minore intensità il controllo intrinseco di ragionevolezza che diviene, invece, essenziale per le linee guida non vincolanti, in quanto sprovviste di adeguati criteri di "raffrontabilità"[162].

In linea generale, il sindacato sulla ragionevolezza della scelta regolatoria acquista, però, tutta la sua pregnanza garantistica, in sede giurisdizionale, mediante la verifica in concreto della tenuta delle linee guida al momento della loro attuazione da parte delle stazioni appaltanti[163]. Anche in considerazione dell'estrema complessità del quadro normativo e regolatorio con cui il giudice amministrativo deve fare i conti in sede di contenzioso, il sindacato sull'eccesso di potere "filtrato" (soprattutto) attraverso il principio di ragionevolezza diviene, dunque, lo strumento per colmare il *deficit* di certezza del diritto, connaturato ai difettosi e cedevoli parametri normativi di "raffrontabilità" del potere di regolazione[164]. In proposito, è, inoltre, interessante notare come le decisioni del giudice amministrativo acquisiscano una peculiare "resistenza" anche rispetto alle successive ed eventuali scelte regolatorie dell'Autorità, di cui ne divengono termine di raffronto[165].

Infine, risulta indubbia la valorizzazione da parte del Consiglio di Stato, nella sua qualità di *advisory board*, della matrice della legalità-procedurale[166]. Non sarebbe forse ardito ravvisare in tale rafforzamen-

missione è inibito farne applicazione. Esso ha, altresì, "suggerito" di prendere posizione sulla «portata» della riparametrazione.

[162] In ogni caso, come ricordato da Cons. Stato, comm. spec., 12 febbraio 2018, n. 361, resta «ferma la impossibilità che una prescrizione contenuta in una linea guida non vincolante (ma non cambierebbe se la natura della stessa fosse "vincolante") possa recare una interpretazione autentica di una fonte di rango primario».

[163] Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 767, par. 4.5;

[164] Cons. Stato, comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1920: «(s)ul piano del sindacato sostanziale, l'assenza di parametri rigidi volti a delimitare gli spazi di intervento del regolatore ha certamente determinato un ridimensionamento del vizio di violazione di legge, a fronte però di una crescente valorizzazione dell'eccesso di potere. L'eccesso di potere è stato utilizzato tenendo conto della particolare natura (più di regolazione che amministrativa) dell'atto oggetto di sindacato. L'eccesso di potere è diventato così lo strumento per valutare il rispetto da parte dei regolatori dei principi della coerenza, proporzionalità, ragionevolezza, logicità, adeguatezza della regola imposta agli operatori di settore».

[165] Infatti, secondo Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 767, par. 3.2, «non sembra condivisibile che le linee-guida costituiscano lo strumento per revocare in dubbio (e in via amministrativa) le acquisizioni giurisprudenziali».

[166] Cons. Stato, comm. spec., 1° aprile 2016, n. 855, par. II.g).5; comm. spec., 2 agosto 2016, n. 767, par. A.4.3: «L'esistenza di quello che è stato definito un "gap democratico" nell'adozione di tali atti (i.e. le linee guida), riscontrabile in tutti i provve-

to (volontario) del procedimento regolatorio, non tanto l'espediente per attribuire alle linee guida una particolare "resistenza" in sede giurisdizionale, quanto piuttosto il tentativo da parte dell'Autorità di un più consistente "recupero" del *gap* della propria legittimazione democratica.

## 10. *Lo statuto delle linee guida dell'Anac secondo la dottrina*

Lo "statuto" delle linee guida dell'Anac, così come delineato dal Consiglio di Stato, non trova pienamente concorde la dottrina[167].

Non appare innanzitutto minoritaria la posizione di chi solleva dubbi in ordine alla compatibilità costituzionale del potere di regola-

dimenti adottati dalle Autorità indipendenti, impone (…) sul piano procedimentale, forme di "compensazione" assicurate da una serie di strumenti di *better regulation* (…), approfonditamente trattati nel citato parere n. 855 del 2016». In primo luogo, è necessaria una sistematica "consultazione", che costituisce ormai una forma necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al *decision making process* dei soggetti interessati e che ha anche l'ulteriore funzione di fornire ulteriori elementi istruttori/motivazionali rilevanti per la definizione finale dell'intervento regolatorio (…)». In secondo luogo, sempre in coerenza con la natura e le finalità dei provvedimenti in esame, è necessaria una attenta analisi di impatto della regolazione (AIR) (…). In terzo luogo, il Consiglio di Stato pone in rilievo la necessità che alla fase di adozione delle linee guida segua poi una attenta verifica *ex post* dell'impatto della regolazione (VIR), ai fini di un eventuale adattamento del contenuto delle linee guida alle esigenze emerse nella fase di concreta ed effettiva applicazione (…). In quarto e ultimo luogo, si raccomanda l'ANAC di evitare, nel medio-lungo periodo, la proliferazione di linee guida, con fenomeni di *regulatory inflation* che possono essere evitati raccogliendo in modo sistematico le indicazioni modificative, integrative o correttive che (necessariamente) seguiranno nel periodo successivo a questa fase di prima applicazione del codice». Cons. Stato, comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1920: «(p)er quanto attiene (…) al rapporto con il principio di legalità sostanziale, maggiormente compromesso dall'assenza di una disciplina dell'esercizio di tale potere (…) occorre far riferimento all'orientamento giurisprudenziale che ha ritenuto di poter superare la genericità della fonte primaria e il deficit di legittimazione democratica delle Autorità indipendenti, valorizzando gli aspetti relativi alla c.d. legalità procedimentale e potenziando il sindacato sull'eccesso di potere».

[167] In ordine alle ulteriori classificazioni di linee guida (rispetto a quelle individuate dal Consiglio di Stato) proposte dalla dottrina, cfr., tra gli altri, G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?,* cit., 280, che distingue tra linee guida «per obiettivi» o «atipiche» (per indicare quelle a oggetto non determinato dalla legge) e linee guida «esecutive» o «tipiche» (quelle a oggetto determinato dalla legge), la cui adozione da parte dell'Anac può essere obbligatoria o facoltativa a seconda dei casi.

zione dell'Anac, che sarebbe esercitato in mancanza di adeguati "contrappesi"[168] e che mostrerebbe le sue "imperfezioni" anche (e soprattutto) in considerazione dell'"atipicità" del soggetto investito di tale potere[169].

I dubbi più consistenti della dottrina convergono, invero, sulla qualificazione giuridica delle linee guida (vincolanti) e sul loro conseguente "innesto" nel sistema delle fonti.

A tacere dell'inquadramento delle linee guida "ministeriali", rispetto a cui le opinioni paiono pressoché unanimi circa la loro assimilazione ai regolamenti di cui alla l. n. 400/1988[170], il dibattito risulta, infatti, più acceso con riguardo alla qualificazione delle linee guida a efficacia vincolante: ciò che fa, in particolare, discutere è la loro riconducibilità alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, la quale – come si è più volte ricordato – non identifica a ben vedere una categoria dogmatica autonoma, bensì un "contenitore" di atti di varia natura, come tale inidoneo a fornire indicatori certi circa il regime giuridico a essi applicabile[171].

Al contrario, secondo parte della dottrina, le linee guida vincolanti sarebbero atti normativi assimilabili, a seconda dei casi, ai regolamenti di esecuzione e/o di integrazione e di attuazione di cui all'art. 17, comma 1, l. n. 400/1988, per il fatto che si sostanziano in precetti generali e astratti, destinati a essere applicati a una serie indefinita di rapporti, che hanno proprio il fine di attuare o integrare le specifiche previsioni di legge da cui traggono, di volta in volta, il loro fondamento[172].

[168] M. P. CHITI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici,* cit., 436 ss. M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici,* cit., 856-857. C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?,* cit.

[169] N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici,* cit.; F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti,* cit., 765.

[170] Cfr. G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?,* cit., 274; M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici,* cit., 854. C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?,* in *giustamm.it,* 2016.

[171] G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?,* cit., 286; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici,* cit.

[172] G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?,* cit., 287 ss. Da tale qualificazione deriverebbero una serie di conseguenze giuridiche, tra cui la ricorribilità in Cassazione per violazione di legge, l'applicazione dei principi *iura novit curia* e di

A differenza dei "regolamenti" delle altre *authorities,* la cui emanazione è di norma "autorizzata" da disposizioni di legge dal contenuto perlopiù indefinito*,* le linee guida vincolanti dell'Anac sarebbero, invece, caratterizzate – così come peraltro confermato dal Consiglio di Stato[173] – da disposizioni legislative "abilitanti" in grado di fissare, con maggiore precisione, i limiti all'attività sostanzialmente normativa affidata all'Autorità, come accade per il Governo con i regolamenti di esecuzione e/o integrazione di cui alla l. n. 400/1988.

Anche se le opinioni sono in proposito contrastanti, si è osservato che un potere normativo maggiormente "imbrigliato" dalla legge porrebbe meno problemi in riferimento alla sua "raffrontabilità" e alla conseguente necessità di individuare, in ragione della debole legittimazione democratica di cui gode l'Anac, una adeguata rete di "limitatori" all'esercizio del potere medesimo[174].

Il carattere normativo (e vincolante) viene, invece, escluso con riguardo alle linee guida "per obiettivi" di cui all'art. 213, comma 2, del codice, in ragione della estrema genericità del fondamento legislativo, cui nemmeno può farsi rimedio con le "regole dell'arte", atteso che la promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, nonché l'omogeneità dei procedimenti amministrativi e lo sviluppo delle migliori pratiche, sono obiettivi che, oltre a essere già ricavabili dal principio costituzionale di buon andamento, sono comunque sprovvisti di regole tecniche specifiche per la loro realizzazione[175].

Le linee guida "per obiettivi" non sarebbero neanche qualificabili alla stregua di atti amministrativi generali, né sarebbe sufficiente la generica riconduzione alla *soft law*. Esse presenterebbero, invero, anche in consi-

*ignorantia legis non excusat*, la disapplicazione in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità, e così via. 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. *Contra* S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, cit.

[173] V. *supra* par. 9.

[174] G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?,* cit., 295. *Contra* C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?,* cit.; M. P. CHITI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici,* cit., 436 ss.; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici,* cit.

[175] G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?,* cit., 299.

derazione del «sistema ordinamentale» cui darebbe luogo l'ampiezza e l'eterogeneità dei poteri riconosciuti all'Anac nel settore dei contratti pubblici, i caratteri delle direttive amministrative (quando sono formulate in termini di suggerimenti o raccomandazioni in vista del raggiungimento di determinati obiettivi), o delle circolari interpretative (quando costituiscono esplicazioni interpretative della legge o di linee guida vincolanti)[176].

Da ciò se ne desume comunque la loro rilevanza sul piano giuridico e l'attitudine a determinare obblighi, seppure nella forma condizionata del *comply or explain*, costituendo pur sempre parametri di legittimità dei provvedimenti applicativi adottati dalle singole stazioni appaltanti[177]. Il modello di riferimento è, cioè, quello dell'«obbligatorietà condizionata»[178], fatto proprio dal legislatore all'art. 71, comma 1, del codice, che consente alle stazioni appaltanti di discostarsi dal bando-tipo adottato dall'Anac, purché motivino espressamente in ordine alle deroghe. D'altra parte, la rilevanza giuridica delle linee guida non vincolanti è anche attestata dalla loro impugnabilità dinanzi al giudice amministrativo[179].

In ogni caso, le linee guida non vincolanti sarebbero dotate di un'efficacia non solo giuridica, ma anche «esistenziale», derivante dal prestigio e dall'autorevolezza del soggetto emanante, nonché dalla funzione "protettiva" che svolgono verso le numerose ipotesi di responsabilità cui possono incorrere i singoli funzionari chiamati ad applicarle in concreto[180].

[176] ID., *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?,* cit., 305 ss. (in part. 312). La riconduzione delle linee guida (vincolanti e non) al potere di "direttiva" affiora anche in alcuni dei pareri resi dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, comm. spec., 10 gennaio 2017, n. 22; comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1920), ove si è affermato che «per quanto il codice abbia introdotto linee guida giuridicamente vincolanti, è pur sempre vero che sulla fase dell'adozione prevale quella dell'attuazione e che la loro fortuna riposa sul principio di effettività, più che su quello della cogenza formale. Dunque, anche le nuove linee guida costituiscono un'espressione propria del potere di direttiva (come si desume anche dalla valenza semantica dell'espressione usata per il loro nome), che si declina, a sua volta, per mezzo di raccomandazioni, istruzioni operative e, quindi, in definitiva, mediante l'indicazione delle modalità attuative del precetto normativo, sia pure di carattere vincolante».

[177] Secondo G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?,* cit., 312, «(…) il non vincolante vuol dire sì non normativo, ma non vuol dire né irrilevante né privo di effetti anche giuridici». Così anche F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac,* cit., 412, e M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici,* cit., 862 ss.

[178] M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo,* cit., 230 ss.

[179] Art. 213, comma 2, del codice.

[180] G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?,* cit., 314 ss. F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac,* cit., 414 ss.

## 11. *Un secondo bilancio: più "assonanze" che "divergenze"*

Nelle differenti ricostruzioni interpretative sin qui prospettate, si può ragionevolmente osservare che, tra lo "statuto" delle linee guida dell'Anac "plasmato" dal Consiglio di Stato e quello teorizzato dalla dottrina, siano maggiori le assonanze delle divergenze.

Una differenza importante tra una parte della dottrina e il Consiglio di Stato è certamente rappresentata dal sensibile tema della compatibilità costituzionale del potere di regolazione dell'Anac col principio di legalità. Secondo il giudice amministrativo, il problema in questione sarebbe tendenzialmente superabile mediante il ricorso alla funzione compensativa svolta dalla "legalità procedurale". In effetti, pur non essendo unanimemente determinante[181], questa particolare "matrice" della legalità è piuttosto ricorrente anche nelle riflessioni della dottrina, in linea con le medesime e approfondite argomentazioni già svolte con riguardo all'attività di regolazione di altre *authorities*[182].

Opinioni diverse si riscontrano, poi, sull'inquadramento giuridico delle linee guida vincolanti, qualificate come regolamenti dalla dottrina maggioritaria e come atti di regolazione *sub specie* di atti amministrativi generali da parte del Consiglio di Stato.

Per il resto, pare, tuttavia, di riconoscere una sostanziale convergenza di giudizi.

Così sembra, in primo luogo, in ordine al significato da attribuire alla «flessibilità» della regolazione dell'Anac, che andrebbe più propriamente riferito alla particolare natura del procedimento di formazione delle linee guida e alla formulazione discorsiva dei precetti, più che alla tipologia degli effetti giuridici prodotti dagli atti predetti[183].

In secondo luogo, la medesima concordia di opinioni si ravvisa nella qualificazione delle linee guida "ministeriali" alla stregua di atti normativi secondari, così come l'assimilazione alle direttive o alle circolari delle linee guida non vincolanti. Con riferimento a queste ultime, si è, altresì, ipotizzato l'inserimento all'interno delle «fonti terziarie», in ragione del fatto che, allo stesso modo delle circolari, le linee guida non vincolanti configurino degli «atti "più o meno" generali e astratti (…) che costituiscono parametri "precettivi" di legittimità e che si pongono con una forza giuridica sovraordinata ai provvedimen-

[181] G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?,* cit., 299 ss.
[182] V. cap. I, par. 6.
[183] G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?,* cit., 308-309.

ti»[184]. Gli atti in questione non possono comunque essere accostati alla *soft law*, almeno con riguardo agli effetti giuridici prodotti[185].

In terzo luogo, sin dai primi pareri resi dal Consiglio di Stato, è stata posta l'enfasi sul "controllo" «intrinseco» che il giudice amministrativo deve necessariamente esercitare – specie in sede giurisdizionale e attraverso il ricorso ai principi – sulla ragionevolezza delle linea guida e sul rigido rispetto delle garanzie procedimentali, in funzione di una piena effettività della tutela. La stessa significativa enfasi è stata evidenziata dalla dottrina[186]. In aggiunta, sono state ulteriormente precisate le modalità di esercizio di tale sindacato, specie con riferimento alle linee guida non vincolanti, distinguendo, a tal proposito, tra il caso di deroga motivata (in fatto o in diritto) al "suggerimento" posto dalla linea guida e il caso opposto di eventuale conformità a essa da parte dell'atto applicativo[187].

Il difetto di organicità e sistematicità del sistema, unito alla difficoltà – invero quasi fisiologica e comune a tutti i settori in cui operano le Autorità indipendenti – di una chiara predeterminazione normativa *ex ante,* rafforza evidentemente la matrice della legalità come soggezione del giudice ai principi generali[188]. Non è un caso che una parte

[184] La tesi di M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo,* cit., 711-713, è fatta propria da F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac,* cit., 389.

[185] G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?,* cit., 305 ss.; G. PIZZANELLI, *Il ruolo dell'Anac nel nuovo codice dei contratti pubblici: verso la compiutezza di un modello?,* cit., 144, secondo cui risulta «capziosa» l'utilizzo della *soft law* per qualificare le linee guida dell'Anac, «dal momento che (esse) hanno la capacità di creare vincoli nei confronti dei destinatari». F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti,* cit., 759-762.

[186] F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac,* cit., 385 ss. e 407 ss.; C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'Anac*, in *federalismi.it,* 2, 2017, 20.

[187] F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac,* cit., 417 ss., secondo il quale, in entrambe le ipotesi prospettate, il sindacato del giudice amministrativo dovrebbe essere esteso anche all'atto generale presupposto (i.e. la linea guida non vincolante), potendo quest'ultimo essere annullato con effetto *erga omnes*.

[188] È stato condivisibilmente osservato da C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'Anac*, cit., 21-22, che «(l)'estrema varietà dei modelli secondo cui sono strutturate le diverse fonti legislative del potere di regolazione dell'Anac impedisce, per un verso, la ricostruzione dogmatica di un unico schema di esame della legittimità delle linee guida, ma impone, per un altro, di ridimensionare il criterio di giudizio della legalità

della dottrina abbia affermato come il settore dei contratti pubblici «(sia) sempre stato caratterizzato, più di altri, da un ruolo sistematico e di indirizzo occupato dal giudice amministrativo (…). Il caso concreto induce la norma scritta ad adeguarsi al principio ed esprime una linea interpretativa che finisce per guidare l'amministrazione nei casi successivi. Il giudice amministrativo è divenuto il vero regolatore del sistema (…) soprattutto quando opera in sede giurisdizionale»[189].

Infine, sembra emergere, sia in dottrina che in giurisprudenza, una generalizzata disillusione rispetto ai pur enunciati obiettivi di semplificazione normativa e amministrativa, i quali non appaiono in gran parte realizzati[190]. In effetti, l'apparato normativo e regolatorio del sottosistema dei contratti pubblici rappresenta un "ginepraio" di regole difficilmente intelligibili, comportando un *vulnus* alla certezza dei rapporti giuridici e favorendo una "fuga" di responsabilità da parte delle stazioni appaltanti[191]. La complessità del sistema è acuita dal rischio di

formale, in favore di quello di un controllo sostanziale sulla ragionevolezza e sulla proporzionalità delle regole cristallizzate con gli atti in questione». Il controllo «intrinseco» in ordine alla coerenza della linea guida con la «causa» della potestà regolatoria esercitata è tanto più necessario, in ragione dell'estraneità dell'Anac al circuito della rappresentanza democratica (26).

[189] F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac,* cit., 382-383. Analogamente, C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'Anac*, cit., 27, secondo cui «(s)petta proprio al giudice amministrativo, per concludere, declinare nella fattispecie controversa la scelta politica consacrata nella legge e stabilire il coerente confine tra libertà e autorità, ricercando, in concreto, il miglior punto di equilibrio tra le naturali esigenze espressive della prima e gli imperativi della seconda».

[190] Ciò a conferma dell'estrema difficoltà di semplificare un sistema complesso come quello dei contratti pubblici: cfr. M. OCCHIENA, *Gli appalti pubblici e la semplificazione impossibile*, in *Dir. econ.*, 2, 2013, 521 ss.

[191] Relazione annuale del Presidente del Tar Lombardia, Milano, 16 febbraio 2018, 24-25: «già due anni fa, in occasione del primo bilancio del codice dei contratti (…) dissi che mentre in altri paesi europei il recepimento delle Direttive Comunitarie era avvenuto con una escursione massima misurata dai 300 articoli di Francia e Spagna, i 49 della Gran Bretagna e i 38 articoli, imbattibili, della Germania, in Italia il corpus normativo e regolamentare annesso al codice, apparentemente composto da soli 220 articoli e 25 allegati, rischiava una espansione incontrollata per via degli ulteriori atti regolamentari previsti dallo stesso codice, tra cui le linee guida e altri atti a contenuto normativo riconducibili alle attribuzioni di ANAC e non solo a quelle. Dissi pure che incrementare, per qualunque ragione, il controllo normativo nel già strutturalmente complesso e critico settore dei contratti pubblici, poteva rappresentare un errore di strategia, se non un errore in sé, nella misura in cui l'amministrazione, vuoi

fenomeni di *regulatory inflation*, oltre che dalla difficoltà di individuazione della portata del precetto da osservare e degli "spazi" di discrezionalità lasciati alle stazioni appaltanti; senza parlare dei dubbi rimessi all'interprete sul carattere vincolante o non vincolante delle singole parti delle linee guida[192].

per effetto delle novità introdotte dal nuovo codice (che ad oggi ha già subito un primo e significativo correttivo), vuoi per timore del controllo e delle sanzioni previste dal sottosistema normativo che disciplina l'attività di ANAC, vuoi infine per effetto della massiccia quantità di restrizioni imposte al potere discrezionale (che equivale nella sostanza a minare la missione fondamentale dell'amministrazione pubblica) venga indotta a ridurre al minimo vitale la propria attività (da cui la caduta a picco nel primo periodo di applicazione del codice, delle gare pubbliche) ovvero a ricercare forme di resistenza e di copertura (detto altrimenti forme di trasferimento della responsabilità), anche con il ricorso, giustificato o meno, alle funzioni consultive (pareri e raccomandazioni) esercitate dall'Autorità nazionale anti corruzione. Con ciò dando corpo e sostanza a quel fenomeno, rappresentato dalla cessione o dalla ritrazione dal potere inerente alla propria funzione, da parte del soggetto che ne è titolare ex lege, ad altro soggetto che lo acquisisce surrettiziamente per attrazione ad una funzione propria, diversa dalla prima. Ebbene, io non so se a distanza di due anni si possa dire quanto di questa analisi si sia, alla prova dei fatti, rivelata corretta». In termini analoghi, cfr. la Relazione annuale del Presidente del Tar Lazio, Roma, 16 febbraio 2018, 11 ss. «A quasi due anni dall'emanazione del codice, il processo di definizione delle norme applicabili è ancora all'inizio. Anzi, dei vari atti attuativi previsti hanno visto la luce meno della metà. Né risultano realizzati alcuni dei punti fondanti della riforma (…). L'ulteriore produzione normativa da parte delle altre fonti previste dal codice (linee guida Anac, vincolanti e non, DPCM, decreti ministeriali e interministeriali) sta comportando una navigazione oscura da parte delle stazioni appaltanti, delle imprese e dei giudici. Aumenta la confusione normativa, con il contributo anche della *soft regulation*. Le prime linee guida Anac sono discorsive e hanno molto poco di regolazione. Anzi alcune volte si contraddicono tra loro a distanza di breve tempo e su questioni rilevanti; a discapito dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, la cui promozione dovrebbe essere garantita proprio attraverso l'emanazione delle linee guida (art. 213, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016) (…). Un simile assetto normativo in continua evoluzione non può non avere ricadute sui giudici, sulla soluzione delle controversie e sulla giurisprudenza. Si inizia già a parlare della possibile soppressione del codice dei contratti pubblici e aleggia la nostalgia della legge Merloni. A questo punto l'unica certezza, in attesa del completamento del processo di definizione delle norme attuative del codice, è il paradossale effetto moltiplicatore delle disposizioni, che fa da contraltare alle proclamate intenzioni di semplificazione e riduzione dello *stock* normativo».

[192] G. D. COMPORTI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta,* cit., 203-204; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?,* cit., 283-285, 302-303. F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac,* cit., 388 ss.; F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti,* cit., 771 ss.

CAPITOLO V

# DESCRIVERE, SPIEGARE, VERIFICARE: MODELLI ESPLICATIVI, MATRICI DELLA LEGALITÀ E ANOMALIE SOSTENIBILI

SOMMARIO: 1. Ancora su Anac e contratti: un organismo "coordinatore" al vertice di un ordinamento sezionale? – 2. Le linee guida dell'Anac (tra "premesse decisionali" e "supporti condizionanti") e gli altri poteri delle Autorità: dopo la decostruzione giuridica, l'approccio sistemico. – 3. L'affinamento del modello descrittivo sistemico: dall'attenuazione della rilevanza delle regole all'aumento delle competenze. – 4. L'impatto sull'ordinamento generale: alla ricerca (di un istituto giuridico adeguato e, comunque) delle anomalie sostenibili. – 5. Anomalie e matrice della legalità-indirizzo. – 6. Anomalie e matrice della legalità-raffrontabilità. – 7. Anomalie e matrice della legalità-prevedibilità. – 8. Anomalie e matrice della legalità-procedurale. – 9. Anomalie e matrice della legalità per principi. – 10. La verifica *a contrario* partendo dalle funzioni. – 11. Attenuazioni e compensazioni tra matrici diverse: dall'oggetto al soggetto. – 12. Una conclusione forse paradossale: dal problema della legalità alle questioni dell'impatto del modello "Autorità" sull'ordinamento e del ricorso coerente alla logica sistemica per la gestione del fenomeno dei contratti pubblici.

## 1. *Ancora su Anac e contratti: un organismo "coordinatore" al vertice di un ordinamento sezionale?*

L'analisi effettuata nel capitolo precedente ha mostrato come la dottrina abbia principalmente focalizzato la propria attenzione sul problema relativo alla qualificazione giuridica delle linee guida dell'Anac. La riconducibilità di questi atti a una categoria generale (regolamenti, atti amministrativi generali, circolari, direttive, e così via) al fine di individuarne il regime giuridico, non pare tuttavia essere – beninteso ai nostri fini – la questione giuridica su cui ulteriormente soffermarsi.

Già a suo tempo, peraltro, si era osservato[1] come i più recenti interventi legislativi e l'opera della giurisprudenza avessero in parte ri-

[1] Cap. I, par. 1.

dimensionato il problema qualificatorio, assoggettando gli atti delle Autorità indipendenti di regolazione a un regime giuridico omogeneo, indipendentemente dalla loro natura[2]: in effetti, le "decisioni" dell'Anac – comunque giuridicamente inquadrate e sebbene aventi carattere flessibile – sono atti amministrativi soggetti per legge a determinate garanzie procedimentali, nonché alla sindacabilità da parte del giudice amministrativo[3]. D'altra parte, se si assume la pluralità e l'atipicità delle fonti secondarie, il primo riferimento per l'individuazione dello statuto del potere "normativo" dell'Anac dovrebbe essere proprio la disposizione legislativa che conferisce il potere medesimo.

Anche la distinzione tra linee guida vincolanti e non vincolanti, ancorché legislativamente fondata[4], sembrerebbe "stemperarsi" sul piano degli effetti – in ogni caso precettivi – che tali atti producono nei confronti dei soggetti pubblici chiamati a osservarli nello svolgimento della propria attività di affidamento delle commesse pubbliche.

Alla suddetta distinzione – ripetuta talvolta all'interno di una stessa linea guida ove possono convivere "comandi e consigli"[5] – non corrisponde, infatti, il binomio rilevanza/irrilevanza giuridica degli effetti sul piano dell'ordinamento generale. Si è appurato sopra, infatti, che anche le linee guida non vincolanti, ancorché non obbligatorie in senso proprio, certamente sono "condizionanti", dal momento che della loro eventuale inosservanza si deve dar conto con una congrua motivazione. L'obbligo di motivare lo scostamento, unito alla sindacabilità dell'atto da parte del giudice amministrativo, nonché all'autorevolezza della "fonte" da cui le linee guida promanano, fanno sì che tali atti si impongano comunque quali canoni oggettivi di comportamento per le stazioni appaltanti.

Nel tentativo di individuare il "risvolto" giuridico della peculiare forza conformativa che le linee guida dell'Anac – ma il discorso si può estendere a qualsiasi altro strumento di regolazione flessibile utilizzabile dall'Autorità – assumono nel "mercato" dei contratti pubblici potrebbe essere di qualche interesse ricorrere a quella particolare rela-

[2] M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello,* cit., 141 ss.

[3] M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo,* cit., 738 ss.

[4] Art. 1, comma 1, lett. t), l. n. 11/2016.

[5] Per riprendere la terminologia utilizzata da G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli,* cit., 273 ss.

zione organizzativa intersoggettiva che va sotto il nome di coordinamento amministrativo[6].

Le linee guida, infatti, parrebbero non (sol)tanto la manifestazione di un potere di regolazione di un mercato in senso proprio, quanto piuttosto l'espressione di una generale potestà di coordinamento affidata all'Anac dall'ordinamento generale, volta a conformare la discrezionalità delle stazioni appaltanti nella "gestione" della fattispecie contrattuale.

Nonostante l'incertezza che aleggia in ordine alla nozione giuridica di "coordinamento", questa particolare figura organizzatoria non appare inidonea a dar conto – almeno in chiave esplicativa – del complesso dei poteri affidati all'Anac in materia di contratti pubblici.

Il coordinamento, infatti, «può definirsi come una figura (almeno tendenzialmente) di sovraordinazione predisposta per realizzare la unità di indirizzo di uffici od enti dotati di autonomia. Essa comporta in ogni caso nell'ufficio coordinatore il potere di impartire direttive (in senso tecnico) e negli uffici coordinati l'obbligo di tenerle presenti e di non discostarsene se non per plausibili motivi. Poiché tuttavia l'autonomia degli uffici e soprattutto degli enti (…) è di diversa gradazione, il legislatore attribuisce in molti casi all'organismo coordinatore anche il potere di emanare provvedimenti generali, determinazioni e persino – in materie o casi determinati – veri e propri ordini, giungendo così talora a configurare rapporti che potrebbero dirsi di gerarchia impropria»[7].

Al netto del fatto che non si è al cospetto di uffici, il potere di dettare linee guida sembra proprio rientrare tra le (più importanti) manifestazioni eterogenee di una vera e propria potestà di coordinamento intersoggettivo affidata all'Anac nel "mercato" dei contratti pubblici.

Siffatto coordinamento è, in primo luogo, ravvisabile nella posizio-

[6] Sul punto, v., *ex multis,* V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957, *passim*; ID, voce «Coordinamento», in *Enc. dir.,* X, Milano, 1962, 630 ss.; M. S. GIANNINI, *Intervento,* in AA.VV., *Coordinamento e collaborazione nelle vita degli enti locali (Atti del V° Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione),* Milano, 1961, 114 ss.; ID, *Diritto amministrativo,* I-II, Milano, 1970, 299 ss.; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo,* Napoli, 1974, 184 ss.; F. PIGA, voce «Coordinamento (principio del)», in *Enc. giur. Treccani,* IX, Roma, 1988, in part. 3 ss. Più di recente, F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni,* Milano, 2012, *passim*; E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo,* cit., 159 ss.

[7] V. BACHELET, voce «Coordinamento», cit., 635.

ne di sovraordinazione dell'Autorità rispetto ai soggetti deputati all'aggiudicazione delle commesse pubbliche: in questo senso, è sufficiente scorrere il catalogo dei poteri che l'ordinamento ha assegnato all'Anac per avvedersi della "signoria" di cui gode l'Autorità nell'ambito in esame. Per converso, l'accennata sovraordinazione non può, in ogni caso, debordare in gerarchia, posto che i soggetti pubblici coordinati mantengono comunque uno spazio di autonomia decisionale che non sarebbe in alcun modo tollerabile nelle relazioni gerarchiche[8].

In secondo luogo, la forte spinta funzionale del coordinamento, che è sempre orientato al perseguimento di finalità di pubblico interesse[9], è particolarmente evidente in seno alla *mission* affidata all'Anac, che è appunto volta ad "armonizzare" le potestà pubbliche conferite alle stazioni appaltanti, in vista della realizzazione dei differenti interessi pubblici che informano l'ambito in analisi.

Importante notare, infine, come l'«elasticità» e la «forza espansiva» del coordinamento consenta di assommare su di sé potestà eterogenee (tra cui, per quanto qui più interessa, quelle estrinsecantesi in atti para-normativi atipici come le linee guida), le quali, pur aventi differenti gradi di obbligatorietà, determinano «un complesso di vincoli» che certamente conformano la discrezionalità dei soggetti coordinati[10].

Posto che «l'attività di coordinamento è qualificata dallo scopo cui è diretta», essa sarebbe priva di effettività se l'organismo coordinatore non potesse introdurre questo insieme di vincoli eteronomi all'attività delle stazioni appaltanti. In altri termini, l'inderogabile esigenza dell'Anac di realizzare il disegno unitario che l'ordinamento ha affidato alla sua cura, presuppone che «il coordinamento (…) non (possa) essere attuato se non sulla scorta di meccanismi che rendano imprescindibile l'osservanza degli indirizzi o impulsi, con attivazione, nell'ipotesi di violazione, di mezzi di tutela giuridica (…)»[11]. La flessibilità dei meccanismi connaturati al coordinamento non pregiudicano,

[8] Segnali, in questo senso, giungono dalla giurisprudenza amministrativa, anche se essi non si riferiscono al complesso dei poteri che l'Autorità esercita nel settore dei contratti pubblici, ma riguardano più specificamente l'estensione della potestà di vigilanza dell'Anac sul rispetto delle norme in tema di inconferibilità e di incompatibilità degli incarichi all'interno delle pubbliche amministrazioni. V. *supra* cap. III, par. 5.1.

[9] V. BACHELET, voce «Coordinamento», cit., 635; F. PIGA, voce «Coordinamento (principio del)», cit., in part. 3 ss.

[10] F. PIGA, voce «Coordinamento (principio del)», cit., 2.

[11] Ancora, F. PIGA, voce «Coordinamento (principio del)», cit., 7-8.

però, l'autonomia riconosciuta ai soggetti coordinati, i quali possono compiere scelte anche divergenti rispetto alle "indicazioni" dell'atto di coordinamento (come, nel nostro caso, di una linea guida non vincolante), purché sia fornita una congrua motivazione.

Una simile ricostruzione non sembra contraddetta dalla giurisprudenza che, al contrario, non ha mancato di inquadrare il generale fenomeno delle linee guida proprio nell'alveo del potere di coordinamento, laddove ha statuito, ancorché con riferimento a potestà diverse da quelle in esame, che «(l)a relazione che si instaura tra il soggetto che emana le linee guida e i destinatari non è (…) quella che implica l'esercizio di potestà normative, (…) ma è, più verosimilmente, quella che si limita a determinare un coordinamento di una pluralità di rapporti organizzatori tra soggetti diversi o anche tra organi di una stessa amministrazione»[12].

Questo peculiare ruolo di coordinamento dell'Anac nel "mercato" dei contratti pubblici sembra riecheggiare la teoria degli «ordinamenti sezionali» di gianniniana memoria[13], nella misura in cui al vertice di questi ultimi «(…) trovasi un pubblico potere (cioè un organo dello Stato, un ente pubblico, o altra figura soggettiva pubblica), che emana delle disposizioni alle quali i vari soggetti debbono uniformarsi (…)»[14].

A parte che – come ancora meglio si dirà *infra* – per la sua varietà

[12] Così Cons. Stato, sez. atti normativi, 21 gennaio 2008, n. 137.

[13] M. S. GIANNINI, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico,* in *Moneta e credito,* 1949, 111 ss.; ID, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sport*, 1949, 1 ss.; ID, *Gli ordinamenti sezionali rivisitati (traendo spunto dall'ordinamento creditizio),* in AA.VV., *La ristrutturazione delle banche pubbliche,* Milano, 1991; S. AMOROSINO, *Gli ordinamenti sezionali: itinerari d'una categoria teorica. L'archetipo del settore creditizio*, in *Dir. econ.,* 1995, 363 ss.; ID, *Le amministrazioni di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*, in *Banca e borsa*, I, 1995, 58 ss.

[14] M. S. GIANNINI, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico,* cit., 111. Il ruolo "verticistico" che occuperebbe un determinato potere pubblico in un ordinamento sezionale (come la Banca d'Italia nell'ordinamento creditizio o il Coni in quello sportivo) corrisponderebbe, invero, a uno solo dei tre elementi tipici (cioè, l'organizzazione) individuati da Giannini per la definizione di un ordinamento giuridico. Unitamente all'organizzazione, devono, infatti, essere presenti a tal fine gli ulteriori elementi della plurisoggettività e della normazione. Peraltro, l'Anac, a differenza – ad esempio – del Coni, non è espressione di un potere pubblico che nasce "dal basso" a fronte dell'esigenza di garantire l'autogoverno di una o più comunità che esprimono un interesse comune (come avviene, appunto, nel settore sportivo): essa è pur sempre un'amministrazione calata "dall'alto", che non agisce in base agli interessi dei soggetti "regolati", ma persegue gli obiettivi stabiliti dall'ordinamento generale.

il fenomeno descritto (e lo spettro dei complessi poteri delle Autorità, che certamente eccede l'ambito delle linee guida) parrebbe difficilmente definibile sulla base di un unico modello esplicativo giuridico, si può comunque osservare che, a differenza degli ordinamenti sezionali (che sono stati definiti tali «in quanto limitati ai soggetti che svolgono una *data* attività»[15]), il "mercato" dei contratti pubblici non riguarda un ambito materiale specifico in senso proprio (come l'energia, il credito, le comunicazioni elettroniche, o i trasporti), ma sembra piuttosto essere caratterizzato dalla presenza di una particolare tipologia di vicenda economico-giuridica[16]: le commesse pubbliche. In altri termini, il baricentro del fenomeno non pare tanto determinato dall'oggetto (nel senso, appunto, di ambito materiale, come sopra si è detto) sul quale incide l'attività concreta dell'organismo coordinatore di vertice (o del soggetto coordinato), quanto piuttosto dal tipo di vicenda di cui quest'ultimo si occupa. Va incidentalmente notato che questa è anche la ragione per cui, nonostante le indiscusse assonanze e il fascino che sempre esercita questa ricostruzione, ai nostri fini non sembra neanche fruttuoso il riferimento esclusivo alla teoria romaniana della pluralità degli ordinamenti giuridici[17].

A proposito di assonanze, pare comunque difficilmente contestabile che questo sottosistema o "materiale giuridico" riconducibile all'attività dell'Anac presenti delle significative specificità che richiamano un ordinamento[18], soprattutto in riferimento al soggetto posto al

[15] ID, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico,* cit., 111.

[16] Si usa il termine "vicenda" non in senso tecnico-giuridico.

[17] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico,* Pisa, 1918, *passim*. La teoria romaniana è stata oggetto di studi e sviluppi approfonditi da parte della dottrina: v., *ex multis*, A. E. CAMMARATA, *Il concetto del diritto e la "pluralità degli ordinamenti giuridici"* (1926), in ID., *Formalismo e sapere giuridico,* Milano, 1963, 185 ss.; W. CESARINI SFORZA, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo,* in *Foro it.,* 1933, 1381 ss; M. S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, cit., 1 ss.; F. MODUGNO, *Legge-ordinamento giuridico. Pluralità degli ordinamenti giuridici,* Milano, 1985, 249 ss.; ID., voce «Pluralità degli ordinamenti» (voce), in *Enc. dir.,* XXXIV, Milano, 1985, 3 ss.; C. PINELLI, *Limiti degli ordinamenti e rilevanza di un ordinamento per un altro nel pensiero di Santi Romano,* in *Giur. cost.,* 1986, 1856 ss.; A. CATANIA, *Formalismo e realismo nella metodologia giuridica. Riflessioni sul pensiero di Santi Romano,* in S. CASSESE, M. D'ALBERTI ET AL. (a cura di), *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica,* Bologna, 1994, 401 ss. Per una sintesi delle varie posizioni emerse in dottrina, v. G. MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva,* Torino, 2007, 32 ss.

[18] La prospettiva di tipo "ordinamentale" per la descrizione del fenomeno in analisi non sembra, infatti, del tutto isolata in dottrina: in proposito, cfr. G. MORBIDELLI,

suo vertice: ossia, un'autorevole organizzazione che, negli spazi concessi da un ordinamento generale, sovrintende l'attività contrattuale di tutti i soggetti pubblici, emanando "disposizioni" generali, di vigilanza, sanzionatorie, comunque conformative della discrezionalità che compete alle stazioni appaltanti. Né pare privo di significato il fatto che i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di contratti pubblici, ancorché formino oggetto di sindacato da parte di un giudice dell'ordinamento generale, sono soggetti a un rito speciale[19], quasi che il momento processuale completi la specificità dell'ordinamento di settore.

## 2. *Le linee guida dell'Anac (tra "premesse decisionali" e "supporti condizionanti") e gli altri poteri delle Autorità: dopo la decostruzione giuridica, l'approccio sistemico*

Pur consapevoli dell'importanza delle categorie giuridiche appena richiamate, esse non paiono sufficienti a descrivere la totalità delle sfumature che presenta il fenomeno delle linee guida. Per altro verso, quelle categorie non sembrano consentire di considerare unitariamente e compiutamente lo spettro degli altri poteri dell'Anac e delle Autorità indipendenti in generale.

Questo è anche il motivo per il quale potrebbe non essere esaustivo o esclusivo l'approccio metodologico sinora utilizzato dalla dottrina per inquadrare il ruolo che riveste l'Anac nel "mercato" dei contratti pubblici. Esso, infatti, sembra non affrancarsi del tutto da un'indagine di tipo analitico, basata sul meticoloso e (peraltro commendevole) "spacchettamento" dei vari «strumenti di regolazione flessibile» (linee guida ministeriali, linee guida vincolanti, linee guida non vincolanti, comunicati del Presidente dell'Autorità, e così via), nonché degli ulteriori poteri dell'Autorità, allo scopo di assegnare a ciascuno di essi la più appropriata qualificazione giuridica.

*Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?,* cit., 308, che accosta le linee guida non vincolanti dell'Anac alle direttive amministrative, anche in considerazione del fatto che l'Autorità «è titolare del potere di regolazione del settore "contratti pubblici", per il che dispone di tutta una serie di poteri anche di controllo e di vigilanza nei confronti delle stazioni appaltanti e dei soggetti esecutori di contratti pubblici, tanto da dar luogo ad un "sistema ordinamentale" o comunque ad un legame organizzativo che per definizione si innerva tramite lo strumento della direttiva».

[19] Cfr. artt. 120 e ss., d.lgs. n. 104/2010.

L'obiettivo pare del resto evidente: nella misura in cui le linee guida intercettano poteri pubblici e impingono situazioni giuridiche soggettive, le preoccupazioni della dottrina (e della giurisprudenza amministrativa) sono naturalmente tese a "misurare" l'impatto di questi atti atipici nell'ordinamento generale, proponendo una "veste" giuridica appropriata, individuando il giusto posto nella scala magmatica delle fonti sub-legislative e, in definitiva, individuando le più confacenti guarentigie offerte dal diritto amministrativo.

E anche gli altri poteri sono spesso oggetto di un analogo approccio di analisi.

Tutto ciò, tuttavia, rischia di far perdere di vista la collocazione dei vari strumenti giuridici all'interno della missione complessiva delle Autorità indipendenti.

In questa sede si vuole tentare di seguire un'impostazione metodologica alternativa, già invero utilizzata in altre occasioni[20]. Si ritiene, infatti, che per descrivere e comprendere un "sistema complesso"[21], come quello che ruota attorno al baricentro della particolare vicenda economico-giuridica che ci riguarda (ossia, il contratto pubblico complessivamente inteso), sia necessario il ricorso a un modello esplicativo più ampio (e non limitato alla esclusiva lettura giuridica del fenomeno), che sia in grado di apprezzarne adeguatamente e unitariamente l'intrinseca varietà. Come meglio si dirà *infra* (ma è opportuno già in questa sede anticipare), in esito alla rappresentazione di questo modello esplicativo, ne saranno precipuamente valutate le ricadute giuridiche attraverso l'utilizzo delle matrici[22].

Non deve sembrare contraddittorio l'andamento complessivo del lavoro che, in un primo momento, considera singolarmente i vari poteri dell'Anac[23], mentre ora si accinge a trattarli in modo unitario, per poi – come si vedrà – nuovamente ritornare alla logica analitica dello "spacchettamento" al fine di vagliarne la compatibilità con le matrici della legalità: altro, infatti, è "descrivere" il fenomeno nel suo complesso (obiettivo che costituisce comunque una delle finalità della presente

[20] F. FRACCHIA, P. PANTALONE, Smart City: *condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, in *federalismi.it,* 22, 2015, 3-4.

[21] 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, 2007, 110 ss., il quale ripercorre, attraverso una dettagliata bibliografia cui si rinvia, gli studi di settore sui sistemi complessi adattativi.

[22] Si fa riferimento alle matrici affinate nel corso del cap. II (v., in part., par. 11).

[23] In part. v. cap. IV.

ricerca), altro, saggiata l'impossibilità di individuare un appropriato istituto giuridico in grado di abbracciare tutto il fenomeno, è verificarne settorialmente l'impatto sull'ordinamento generale.

Tornando ora alla possibile lettura esplicativa della peculiare attitudine conformativa delle linee guida dell'Anac (ma, più in generale, anche del ruolo che l'Autorità ricopre complessivamente nel "mercato" dei contratti pubblici), si ritiene che il modello in grado di cogliere con maggiore accuratezza questo fenomeno complesso sia quello "sistemico" [24]. Colto da una prospettiva sistemica, il compito che l'Anac assolve sembra avere a che fare con taluni aspetti non altrimenti percepibili ricorrendo a un procedimento di tipo analitico che prenda esclusivamente in esame le singole funzioni dell'Autorità. Il sistema, infatti, genera proprietà nuove e autonome che non possono essere comprese guardando alle singole parti[25]: l'Anac mira appunto a "mettere in rete", "fare sistema" e, nell'ottica del "processo" (nel senso che appresso meglio indicheremo), valorizzare le singole funzioni a essa affidate[26].

L'analisi delle differenti norme attributive degli estesi ed eterogenei poteri affidati all'Autorità nel "mercato" dei contratti pubblici, unita alla complessiva attività concreta sinora posta in essere e all'autorevolezza di cui l'Autorità gode nel panorama istituzionale, re-

[24] 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, 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, 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.). Sulla questione si tornerà *infra* al par. 3.

[25] Cfr. L. VON BERTALANFFY, *Teoria generale dei sistemi,* Milano, 2004, 95 ss.; J. H. HOLLAND, *Signals and Boundaries. Building Blocks for Complex Adaptive Systems,* Cambridge, 2013, *passim*; ID, *Complexity: A Very Short Introduction,* Oxford, 2014, *passim*.

[26] In questo senso, l'Anac può, ad esempio, avvalersi della conoscenza e dell'esperienza maturate nell'esercizio della funzione di vigilanza collaborativa per la redazione delle linee guida. Oppure, essa applica con maggiore flessibilità gli istituti perché ha dovuto redigere le linee guida.

stituisce, nell'ottica sistemica, la figura di un vero e proprio "signore dei contratti pubblici", in grado di condizionare i comportamenti concreti delle stazioni appaltanti (e comunque indirettamente di tutti gli operatori del settore), che sono visti appunto come "processi".

L'Anac pone addirittura a monte la disciplina integrativa e specificativa del settore; vigila sulla legittimità delle operazioni di gara ma anche sulla fase dell'esecuzione, potendo perfino proporre in taluni casi il commissariamento dell'impresa aggiudicataria; in base a specifici protocolli di vigilanza collaborativa, di fatto co-gestisce la "fattispecie contrattuale" insieme alla stazione appaltante; promuove l'efficienza e sostiene lo sviluppo delle migliori pratiche all'interno delle amministrazioni; facilita lo scambio di informazioni; fornisce pareri, talvolta "quasi vincolanti" (v. art. 211, comma 1-*bis,* del codice); gestisce albi, elenchi e banche dati; giudica le controversie che le vengono sottoposte; è legittimata ad agire in giudizio, qualora ritenga che la stazione appaltante abbia violato le norme in materia di contratti pubblici; è titolare di ampi poteri sanzionatori; interviene con poteri speciali nelle situazioni emergenziali[27].

L'Autorità, insomma, affianca, vigila e indirizza l'attività della stazione appaltante dall'inizio alla fine del ciclo di vita del contratto pubblico. Si è già anticipato, infatti, che il baricentro attorno al quale convergono i poteri dell'Anac è questa particolare tipologia di vicenda economico-giuridica, che è la fattispecie contrattuale nel suo complesso: dal momento della costruzione delle "premesse decisionali"[28], a quello della scelta della stazione appaltante di rivolgersi al mercato per il soddisfacimento di un proprio bisogno, per giungere al momento dell'esaurimento degli effetti del contratto stipulato, in una sorta di incessante "processo" circolare[29].

[27] Non a caso in dottrina, pur se non con riferimento all'Anac, si è sottolineato che carattere precipuo delle Autorità indipendenti sarebbe la concentrazione delle funzioni in luogo della separazione dei poteri: cfr. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione,* cit., 10 ss.

[28] Su cui si tornerà più diffusamente *infra* nel corso del paragrafo.

[29] Questa logica del "processo" non pare tanto dissimile dalla logica del ciclo di vita di una *policy* normativa, che, secondo i canoni della *Better Regulation,* «dovrebbe articolarsi secondo la seguente scansione: programmazione dell'attività normativa, analisi dell'impatto della regolazione, definizione di uno schema del testo, analisi della tecnica normativa, *drafting*, decisione, valutazione *ex post*, eventuale revisione»: sul punto, v. F. FRACCHIA, *Legistica, AIR e VIR: tecnica legislativa, effetti invalidanti e diritti dei cittadini,* cit., 21. In base a questa logica, non si prende dunque in esame un singolo atto (es. una legge, un regolamento o un contratto) ma l'intero "processo"

Traguardati nell'ottica sistemica, la somma dei poteri (paranormativi, di vigilanza e controllo, di amministrazione attiva, paragiurisdizionali) dell'Anac in materia di contratti pubblici crea e dà dinamicità a un "processo giuridico" attinente alle fattispecie contrattuali, che occupa gli interstizi lasciati liberi dalle norme appartenenti all'ordinamento generale.

Il "materiale giuridico" riconducibile alle scelte concrete dell'Autorità (linee guida, altri atti di indirizzo, pareri, raccomandazioni, controlli, sanzioni, e così via), integrative, specificative e attuative della normativa primaria, appare funzionalmente e unitariamente orientato al perseguimento dei molteplici interessi pubblici e finalità che informano la materia dei contratti pubblici, la cui "sintesi" è, appunto, affidata all'Anac, quale "signore dei contratti pubblici".

In questo continuo "processo giuridico", l'Anac produce molteplici decisioni, tutte accomunate dall'intento di conformare giuridicamente l'attività discrezionale delle stazioni appaltanti in vista degli obiettivi legislativamente indicati. Questa "spinta" funzionale, almeno a livello descrittivo[30], stempera l'esigenza di operare delle distinzioni all'interno dei vari strumenti regolatori a disposizione dell'Autorità; esigenza, questa, che riacquista, invece, tutta la sua rilevanza nel momento in cui queste "scelte" dovessero intercettare l'ordinamento generale e le matrici della legalità[31].

Le stazioni appaltanti sono in definitiva soggette nell'ottica sistemica, se non a dei poteri «di supremazia speciale», quanto meno a un'attività conformativa eteronoma (quella dell'Anac) degli spazi di azione discrezionali a esse concessi. In questa prospettiva, l'Autorità considera i singoli episodi in cui interviene (i contratti pubblici) come tessere di un "processo" complessivo che si trasforma incessantemente e che è in continua evoluzione.

(dall'elaborazione dell'atto sino alla valutazione dei suoi effetti e alla sua eventuale revisione).

[30] Altro, come sì dirà, è il problema del regime giuridico.

[31] V. *infra.* A tacere, per il momento, della compatibilità con l'ordinamento generale di questo insieme eterogeneo di scelte funzionali dell'Autorità, basti qui evidenziare come, in base alla logica sistemica sopra descritta, le linee guida dell'Anac assurgano, quindi, a vere e proprie "premesse decisionali" (linee guida vincolanti) e "supporti condizionanti" (linee guida non vincolanti), che sono vissute nella prassi come obbligatorie per le scelte concrete delle stazioni appaltanti, indipendentemente dalla "veste" giuridica (come fonti terziarie, atti regolamentari o provvedimentali) che assumono nell'ordinamento generale.

## 3. *L'affinamento del modello descrittivo: dall'attenuazione della rilevanza delle regole all'aumento delle competenze*

Il modello sistemico che si è delineato sopra consente di esprimere ulteriori chiavi esplicative del fenomeno in analisi, che emergono ancora una volta[32] dal raffronto con l'ambiente – e con gli studi che si sono sviluppati nel contesto del diritto ambientale – quale «sistema» complesso, dinamico, continuo, adattativo, resiliente, produttivo di servizi (ecosistemici)[33]. Ciò a ulteriore conferma della felice intuizione del diritto ambientale quale «diritto-sonda», non solo per gli istituti e le categorie che avvia e anticipa, ma anche per gli approcci scientifici di cui si forgia, i quali divengono dunque anch'essi "approcci-sonda"[34].

In un sistema complesso come l'"ambiente" è stato osservato come il diritto positivo e, più nello specifico il modello del *command and control*[35], non sembri fornire risposte adeguate ai problemi e alle esigenze di tutela che questo sistema pone. Le norme che regolano l'ambiente sono, infatti, alluvionali, frammentarie, instabili, in taluni casi obsolete, di diversa natura e livello[36] (internazionali, nazionali, regionali, locali, di *soft law*), generali e settoriali. La rigidità, l'accentramento, la necessaria applicazione generalizzata e la difficile

[32] V. *supra* par. 2.

[33] M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune,* cit., in part. 108 ss.

[34] Con specifico riferimento al diritto (ma, come accennato nel testo, analoga caratteristica pare ravvisabile nei relativi approfondimenti scientifici), v. R. FERRARA, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella "società del rischio",* in *Dir. e società,* 2006, 514, secondo il quale «il diritto ambientale, alla stregua di un vero e proprio diritto-sonda, avvia ed anticipa istituti e categorie che si insediano successivamente nel sistema del diritto amministrativo generale».

[35] 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, 2013, 19 ss.

[36] Per questa ragione si rende necessario che l'organizzazione amministrativa dell'ambiente sia basata su di un «disegno istituzionale policentrico» o «multilivello»: R. FERRARA, *L'organizzazione amministrativa dell'ambiente: i soggetti istituzionali,* in A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente,* II, Bari, 2002, 135; ID., *Qualità della regolazione e problemi della multilevel governance,* in *Foro amm.-Tar,* 6, 2005, 2251 ss. In ragione della scala geografica dei problemi e della natura degli interessi in gioco, si rende necessaria, secondo M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune,* cit., 302, l'azione concorrente di livelli territoriali chiamati ad operare secondo le rispettive capacità.

implementazione del modello del *command and control* sono, in altri termini, caratteri ostativi a un'adeguata protezione dell'ambiente, il quale richiede, al contrario, una maggiore flessibilità e un rapido adeguamento dell'assetto degli interessi all'incessante mutamento delle circostanze fattuali[37].

Alla luce della complessità del fenomeno ambientale, risulta pertanto «(…) necessario pensare alle regole ed alle scelte giuridiche come fossero ipotesi di lavoro, piuttosto che soluzioni. Un approccio evolutivo e adattativo impone che le ipotesi siano metodicamente verificate e corrette, attraverso apparati e procedure capaci di accumulare e di elaborare le informazioni tratte dall'osservazione dei risultati conseguiti, cioè idonei a innescare e stimolare dinamiche di apprendimento»[38].

Per la «gestione adattativa» di un sistema complesso come l'ambiente, non può che risultare centrale, in questa logica, il ruolo dell'amministrazione 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[39]. Percorrendo questa

[37] Osserva M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune,* cit., 338-339: «(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.

[38] Ancora, M. CAFAGNO, D. D'ORSOGNA, F. FRACCHIA, *Nozione giuridica di ambiente e visione sistemica*, cit., 253. Una risposta alla complessa domanda di tutela posta dall'ambiente è stata individuata, in questo senso, nel mercato e nelle sue dinamiche, i quali sarebbero atti a innescare condotte virtuose basate su incentivi e disincentivi: M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune,* cit., 399 ss.; ID, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente,* in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente,* Torino, 2017, 192 ss.

[39] 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, appun-

linea di pensiero, si può quindi osservare come una maggiore protezione dell'ambiente passi non tanto dalla predeterminazione di un apparato verticistico di regole fisso, immutabile e generalizzato, bensì da un più deciso aumento delle "competenze" dei soggetti pubblici deputati alla gestione amministrativa delle problematiche ambientali. Da ciò discende il carattere recessivo che assume in un sistema complesso (come l'ambiente) il principio di legalità, almeno se inteso nella sua portata tradizionale di conformità alla legge o, comunque, di "raffrontabilità" a un parametro posto previamente[40].

Questo modello esplicativo del sistema complesso dell'ambiente potrebbe essere riproposto, con uno sforzo di adattamento e tenendo ovviamente conto delle differenze e delle specificità dei contesti, all'interno del sistema, altrettanto complesso, dei contratti pubblici[41].

I tratti di complessità di quest'ultimo parrebbero ravvisabili con maggior nitore con riguardo ai contratti "non standardizzati", ossia a quelle tipologie contrattuali che presuppongono non decisioni «di *routine*», ma appunto decisioni «complesse»[42], improntate cioè a regole procedurali flessibili, variabili e inclini alla libera e competitiva negoziazione tra le parti (si pensi, tra gli altri, alla finanza di progetto o al dialogo competitivo)[43]. Per altro verso, la complessità può, altresì, di-

to, alla Via), varcato il quale il legislatore non può che tacere, per passare la parola ad apparati amministrativi auspicabilmente avveduti e coscienziosi, che sappiano attingere alla guida dell'esperienza e delle buone pratiche» (377).

[40] 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.

[41] Ai fini della qualificazione del sistema dei contratti pubblici come di un sistema complesso, v. par. precedente.

[42] La distinzione tra decisioni «di *routine*» e decisioni «complesse», pur se operata a fini diversi, è di D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità,* Torino, 2002, 182, secondo il quale le prime corrisponderebbero a «quelle (decisioni) formulate in guisa pressoché meccanica sulla base dell'esperienza passata e di criteri e regole già definiti e collaudati in precedenza: esse sono, dunque, caratterizzate dalla tendenziale automaticità della formulazione e dalla bassissima "rischiosità" delle conseguenze, oltre che dalla frequenza di assunzione della scelta»; le seconde, invece, «consistono nella risoluzioni di problemi particolari che si presentano, di volta in volta, con aspetti diversi, e si presentano assai più complesse in quanto richiedono un'intensa attività di ricerca d'informazione e di studio del problema, con la conseguenza di un grado di maggiore incertezza e rischiosità».

[43] Cfr. M. CAFAGNO, *Lo stato banditore. Gare e servizi locali,* Milano, 2001, 233 ss.; ID., *Flessibilità e negoziazione. Riflessione sull'affidamento dei contratti complessi,*

pendere dalla natura (o, forse, meglio, essere avvertita come tale, in ragione dei caratteri) dei soggetti deputati all'aggiudicazione delle commesse pubbliche che, molto spesso – e soprattutto nelle realtà di più piccole dimensioni – non sono provvisti di tutte le competenze tecniche necessarie al più efficiente espletamento dei compiti istituzionali assegnati.

In considerazione della complessità del sistema dei contratti pubblici (o quantomeno di alcuni suoi ambiti), potrebbero spiegarsi sia la logica che sembra aver ispirato il legislatore nella "gestione" del fenomeno in analisi, sia la concreta e quotidiana attività dell'Autorità. L'uno e l'altra, infatti, hanno scardinato la rigida impalcatura di regole di dettaglio stabilite *ex ante* da una fonte tradizionale difficilmente modificabile (come il regolamento governativo di attuazione ed esecuzione n. 207/2010), in favore dell'implementazione di una regolazione flessibile, attuata soprattutto attraverso linee guida.

In questo senso (e, si ripete, pur nella consapevolezza della non completa sovrapponibilità dei due fenomeni), pare ripetersi la logica già teorizzata per l'ambiente e sommariamente descritta sopra. Anche nel sistema dei contratti pubblici, cioè, parrebbe acquisita la consapevolezza di come esso non possa essere efficacemente ed esclusivamente governato attraverso un inflessibile apparato di regole poste "dall'alto", essendo preferibile nell'ottica sistemica una "gestione" adattativa e flessibile da parte di un soggetto tecnicamente attrezzato che, per arricchire ulteriormente il proprio bagaglio di competenze, sappia attingere "dal basso", cioè dall'esperienza e dalle buone prassi[44]. Il riferimento all'esperienza e all'apprendimento sulla base di un approccio *bottom-up,* volto appunto alla raccolta delle informazioni e

in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.,* 5-6, 2013, 991 ss. La complessità di alcuni contratti pubblici è talora riconosciuta espressamente dal legislatore: v. art. 3, comma 1, lett. oo), del codice, che individua la categoria dei «lavori complessi» in quei «lavori che superano la soglia di 15 milioni di euro e sono caratterizzati da particolare complessità in relazione alla tipologia delle opere, all'utilizzo di materiali e componenti innovativi, alla esecuzione in luoghi che presentano difficoltà logistiche o particolari problematiche geotecniche, idrauliche, geologiche e ambientali». A essi sembrano essere equiparati, in termini di complessità, gli interventi suscettibili di essere realizzati attraverso contratti di concessione o di partenariato pubblico privato (v. art. 21, comma 4, del codice).

[44] Soprattutto per l'affidamento di contratti pubblici complessi, M. CAFAGNO, *Lo stato banditore. Gare e servizi locali,* cit., *passim,* aveva già a suo tempo evidenziato l'inadeguatezza di procedure selettive improntate a modelli formali rigidamente precostituiti.

al costante monitoraggio delle migliori pratiche per la costruzione delle "premesse decisionali" e dei "supporti condizionanti", confermerebbe peraltro il carattere iconico delle linee guida dell'Anac[45].

In definitiva, dove si annidano sacche di complessità (come nell'ambito qui in analisi) potrebbero, in primo luogo, chiarirsi le ragioni di un allontanamento dal modello della rigida e completa predeterminazione vincolante dei comportamenti delle stazioni appaltanti.

In secondo luogo, se si passa dalle "regole" alla "competenza" di un soggetto tecnicamente attrezzato, potrebbero altresì spiegarsi gli ampi poteri affidati all'Anac, la quale affianca le stazioni appaltanti in tutto il "processo" che ruota attorno alla fattispecie contrattuale, compensando così l'inevitabile *deficit* di predeterminazione normativa dell'intero spettro di condotte amministrative astrattamente imputabili alle stazioni appaltanti medesime.

In terzo luogo, alla luce dell'impossibilità di porre regole generalizzate *ex ante,* appare coerente l'utilizzo di strumenti di regolazione flessibile come le linee guida, quali indicazioni autorevoli (non vincolanti) e tratte dalla prassi[46], cui può derogare, con maggior competenza, il soggetto chiamato ad applicarle.

In quarto luogo, in un sistema aperto, dinamico e complesso, la necessità di apprendere continuamente e di modificare le proprie decisioni spiega perché le linee guida siano strumenti di regolazione più agevolmente revisionabili rispetto alle fonti tradizionali. Inoltre, siffatto bagaglio esperienziale che l'Anac accumula nell'esercizio delle proprie funzioni[47] chiarisce la ragione per la quale è affidata a tale soggetto la gestione dell'intero "processo" che ruota attorno al baricentro della fattispecie contrattuale.

[45] Cfr. cap IV, par. 6.

[46] Si ricordi quanto *supra* detto sul carattere "iconico" delle linee guida: v. nota precedente.

[47] Attraverso, ad esempio, l'esercizio della funzione sanzionatoria o para-giurisdizionale, l'Autorità apprende una o più competenze che vengono poi "spese" nell'esercizio di una funzione differente come quella regolatoria, al fine di costruire, modificare o rimuovere una precedente premessa decisionale. Ancora, redigendo una premessa decisionale, l'Autorità apprende una o più competenze che vengono in seguito utilizzate per svolgere la funzione sanzionatoria o para-giurisdizionale, e via dicendo.

## 4. *L'impatto sull'ordinamento generale: alla ricerca (di un istituto giuridico adeguato e, comunque) delle anomalie sostenibili*

Il modello sinora elaborato rappresenta un (primo) risultato della ricerca, che ambisce a offrire, in chiave descrittiva, una spiegazione del ruolo dell'Anac nel "mercato" dei contratti pubblici (di qui l'uso dei verbi "descrivere" e "spiegare" nel titolo del presente capitolo).

Il ricorso a tale modello è stato giustificato dalle peculiarità che presenta il "soggetto" Anac, quale organismo strutturalmente e funzionalmente differente rispetto alle altre *authorities*[48]. Ciò non esclude, peraltro, che esso possa applicarsi, seppur con maggiore circospezione e probabilmente con minore ampiezza, anche a queste ultime: si pensi al tema della regolazione, la quale 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*[49].

In ogni caso, indipendentemente dalla valenza euristica e dall'astratta predicabilità del modello descrittivo sopra delineato nei confronti di altre Autorità indipendenti, 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.

Il tentativo non sembra agevole: già si è detto che gli istituti del coordinamento e dell'ordinamento sezionale, pur utili, riescono a cogliere solo in parte la realtà assai articolata che qui si indaga. Proprio in ragione della loro incapienza, anzi, ci si era mossi nella direzione

[48] V. cap. I, parr. 7-11.

[49] F. FRACCHIA, *Legistica, AIR e VIR: tecnica legislativa, effetti invalidanti e diritti dei cittadini,* cit., 9 ss., dove si sottolinea, appunto, il nesso tra VIR, AIR e "processo" normativo. L'applicazione del modello sistemico alla generalità delle *authorities* può, altresì, spiegare il senso di talune disposizioni derogatorie riguardanti tali soggetti, ove sembrano (ri)affiorare i caratteri sopra ricordati della competenza, della flessibilità e dell'apprendimento: così, ad esempio, l'art. 2, comma 5, l. n. 241/1990, secondo cui, «(f)atto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative, le autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza».

della lettura sistemica, che ha però il limite di non essere giuridicamente pregnante.

Né si rinviene agevolmente una norma (in particolare di rango costituzionale) che possa dare copertura alle Autorità indipendenti e alle loro specificità (intesa come complessità).

Neppure il diritto sovranazionale, che al più dà evidenza e fondamento ad alcune funzioni di talune Autorità è risolutivo sul punto, ancorché, in molte ipotesi, imponga e giustifichi la presenza di Autorità dotate di poteri.

Nell'impossibilità di individuare un'unica categoria e un convincente istituto giuridico onnicomprensivo, il giurista non può che volgersi alle categorie generali e ricorrere allo schema di indagine più consueto.

In particolare, occorrerà guardare all'ordinamento generale per misurare le ricadute che su di esso produce quel complesso sistema.

L'urgenza di questo approccio pare confermata anche da una norma che spesso passa inosservata: quella che (in qualche modo sottolineando l'ovvio) postula l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'Anac dinanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa[50]. Non viene cioè attivata (né potrebbe essere, a dire il vero) nessuna logica derogatoria rispetto alle garanzie e alle esigenze dell'ordinamento generale.

Il primo avamposto che s'incontra calando il modello delle *authorities* nell'ordinamento generale è costituito proprio dalle matrici della legalità.

Le stesse matrici possono essere utilizzate per verificare le anomalie degli altri poteri delle Autorità indipendenti diverse dall'Anac.

Il cerchio, dunque, si chiude.

Facendo riferimento all'idea dei «programmi di ricerca progressivi» *à la* Lakatos, la scelta metodologica compiuta all'esordio della ricerca, infatti, era stata proprio quella di utilizzare il paradigma della legalità, in quanto considerato il "filtro" più idoneo a spiegare con maggiore accuratezza il fenomeno preso specificamente in esame[51], o almeno a evidenziarne eventuali "anomalie"[52].

[50] Art. 1, comma 1, lett. t), l. n. 11/2016 e art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50/2016.

[51] V. cap. I, par. 2.

[52] Anche per la sua forza evocativa, si usa qui, ancorché in modo non del tutto proprio, la terminologia di T. S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche,* Milano, 2009, *passim*, il cui ragionamento è stato ripreso da F. FRACCHIA, *The Science Of Administrative Law, Juridical Method And Epistemology: The Roles Of Paradigms In*

Resta piuttosto da osservare che, giunti a questo punto del lavoro di ricerca, occorre nuovamente ricollocarsi nel solco dell'indagine decostruttivista: non già, tuttavia, *a priori*, per spiegare il fenomeno, bensì *ex post*, per individuare la tenuta nell'istituto di cui, con l'approccio sistemico, si è inteso cogliere la cifra essenziale e i caratteri precipui[53].

Si inizierà dunque con l'esame, nei paragrafi seguenti, dei cedimenti oggettivi, per poi concludere con l'analisi più specifica del profilo soggettivo.

## 5. *Anomalie e matrice della legalità-indirizzo*

La misura minima del principio di legalità (o il "cerchio concentrico" più grande) è costituita, oltre che dalla c.d. "preferenza della legge" (o "non contraddittorietà"), anche dalla legalità-indirizzo, ossia dalla necessità che l'attività amministrativa affidata sia (almeno) legislativamente predeterminata nel fine[54].

Il rispetto della legalità-indirizzo, che è generalmente valevole per

*The Era Of The Crisis Of Modernity,* cit., 30. Come a suo tempo osservato (e ora confermato), i problemi principali posti dalle *authorities* riguardano, da un lato, il pieno svolgimento delle libertà economiche nei settori o mercati nei quali esse esercitano le rispettive funzioni; dall'altro lato, interessano l'*accountability* delle scelte che tali soggetti compiono: trattasi, in altre parole, di problemi (anomalie) che sorgono proprio alla luce del principio di legalità.

[53] Invero, onde essere utilizzata ai nostri fini, la legalità non poteva che essere "spacchettata", proprio assecondando l'intuizione (ora confermata) secondo cui la complessità del fenomeno e l'ampiezza dei compiti attribuiti alle Autorità indipendenti non potessero essere traguardati impiegando un unico punto di vista. Ovviamente – come ancora si dirà *infra*, nel testo: parr. 11-12 – è difficile operare una netta cesura tra i vari profili: ad esempio, il fenomeno, siccome sopra descritto e spiegato, spiega perché una lettura esclusivamente tradizionale del principio di legalità, sovente ricondotta all'idea della puntuale predeterminazione legislativa del potere (legalità come "conformità formale") e, eventualmente, delle sue modalità di esercizio (legalità come "conformità sostanziale"), condurrebbe all'esito scontato (ma non convincente) di ritenere non compatibili con l'ordinamento una parte rilevante dei poteri affidati alle Autorità indipendenti, con ciò smentendo gli approdi principali della dottrina maggioritaria e della giurisprudenza. Allo stesso modo, l'attribuzione al principio di legalità di una valenza del tutto riduttiva, a mente della quale sarebbe ad esempio consentito alle Autorità indipendenti di esercitare qualsiasi potestà implicita purché strumentale alla realizzazione delle finalità istituzionali assegnate, non sarebbe parimenti idonea a dare completa contezza del complesso e variegato panorama istituzionale in cui s'innesta l'operato dei predetti organismi.

[54] V. cap. II, par. 8.

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[55].

La matrice della legalità-indirizzo, in ogni caso, si rivela confacente a quelle elaborazioni dottrinali più vicine alle tesi funzionalistiche (emerse peraltro anche in seno all'ordinamento dell'U.e.[56]), le quali attribuiscono alle Autorità indipendenti un indiscusso ruolo di spicco nel panorama istituzionale[57]. 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 compa-

[55] Ove, invece, il potere implicito abbia carattere provvedimentale, 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 In proposito, v., ad esempio, quanto detto in ordine ai poteri impliciti provvedimentali dell'Arera: cap. III, par. 2. La stessa logica parrebbe valere per quei poteri impliciti di amministrazione attiva che condizionano in misura significativa la sfera di azione discrezionale che istituzionalmente compete ad altri soggetti pubblici. Si vuole qui alludere all'orientamento giurisprudenziale descritto sopra (cap. III, par. 5.1), che esclude la possibilità per l'Anac di esercitare, in tema di inconferibilità e incompatibilità di incarichi nelle p.a., poteri impliciti sostitutivi delle prerogative istituzionalmente devolute agli enti pubblici vigilati.

[56] Cap. I, par. 3.

[57] Cap. I, par. 6.

tibile qualora (*recte* nella misura e a condizione che) le *authorities* facciano un «uso non politico dei (propri) poteri neutrali»[58]. 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: emblematico è il caso dei poteri regolatori dell'Agcom in materia di tutela del diritto d'autore su *internet,* al fine di dare maggiore tutela al soggetto debole del rapporto, che di regola è costituito dal titolare del diritto d'autore[59].

L'uso della suddetta matrice potrebbe ritenersi, altresì, adeguata qualora i poteri para-normativi 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: si pensi alle linee guida non vincolanti dell'Anac in materia di trasparenza amministrativa[60], oppure a quelle – altrettanto non vincolanti – in tema di contratti pubblici[61]. In questi casi non parrebbe dunque giustificato un rafforzamento della portata precettiva del principio di legalità.

## 6. *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.

[58] V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile,* cit., 372.

[59] V. cap. III, par. 4.

[60] Cap. III, par. 5.3.

[61] Cap. IV, par. 8.3.

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[62].

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, oltre alla legge e alle altre fonti tradizionali, vi sono i principi generali del diritto amministrativo (ragionevolezza, proporzionalità, tutela dell'affidamento, giusto procedimento, e così via), la *soft law,* nonché le c.d. "regole non scritte", le quali, definibili di volta in volta a seconda delle specificità del caso concreto, consentono che il potere sia esercitato in conformità allo scopo fissato dalla legge. Tra queste ultime, 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[63]. Peraltro, 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 rispetto della legalità-raffrontabilità è comunque condizionato dalla presenza nell'ordinamento di parametri sufficientemente precisi da consentire, appunto, il "raffronto" con i poteri in concreto esercitati.

## 7. *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

[62] Cfr. cap. II, par. 10.

[63] 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.

giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[64]. 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[65].

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[66].

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*.

## 8. *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

[64] V., in particolare, cap. II, parr. 7 e 8.

[65] 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.

[66] Cap. II, par. 8.

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'irrilevanza 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 principio di legalità. Esse non sono, al contrario, sufficienti a soddisfare la valenza democratica del principio di legalità o, meglio all'uso della legalità (procedurale, come si vedrà subito *infra*[67]) per compensare i *deficit* democratici.

Si noti che questi *deficit* paiono ancora più vistosi nei casi in cui l'attività delle *authorities* non si sostanzi 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 (si pensi alle decisioni con impegni dell'Agcm[68], oppure ai poteri attribuiti all'Anac[69], nel cui ambito i profili di tecnicità tendono spesso a sfumare[70]). Al riguardo non si può non notare come il tasso di "politicità" 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[71].

Soccorrerebbe (appunto) la legalità-procedurale.

Su tale questione sia la dottrina, sia la giurisprudenza amministrativa appaiono particolarmente sensibili[72]; quest'ultima, in particolare, è

[67] V. altresì cap. II, par. 9.

[68] Cfr. cap. III, par. 3. In generale, sulla natura *lato sensu* politica dei poteri dell'Agcm, v. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri,* cit., 128 ss.

[69] Cap. III, par. 5 e cap. IV.

[70] Cfr. cap. I, par. 10. 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,* cit., 268.

[71] Emblematico in tal senso è l'operato dell'Arera: v. cap. III, par. 2. 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.

[72] Cap. I, par. 6.

costante nell'affermare 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»[73].

La legalità-procedurale è essenzialmente utilizzata dalla giurisprudenza 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 para-normative.

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»[74]; 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[75]; 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 Autorità[76].

La legittimazione democratica potrebbe essere, piuttosto, parzialmente recuperata attraverso il rapporto di legittimazione politica delle *authorities* con il Parlamento[77], che è l'organo costituzionale che, in ef-

[73] Cfr., in part., cap. III, par. 2. e giurisprudenza ivi citata.

[74] A. TRAVI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia,* cit., 4.

[75] 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.

[76] 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, 2014, 88-89.

[77] Sul punto, v. M. DE BENEDETTO, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercati,* cit., 384 ss.; ID., voce «Autorità indipendenti», cit., 589-590; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., 152. V., altresì, A. LOLLI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica,* Milano, 2000, 168-169, secondo cui, le Autorità indipendenti, «per quanto estranee al modello analitico

fetti, 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: si pensi, in tal senso, alla istituzione, nel corso della XVII° 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.

## 9. *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; ciò al precipuo di scopo di rendere il potere giustiziabile attraverso un penetrante sindacato di legittimità *ex post* che "compensasse" il *deficit* della predeterminazione normativa *ex ante*[78]. 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[79], 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

Governo-amministrazione descritto nella Costituzione, (…) rientrano comunque in un sistema di continuità particolare rispetto all'organo direttamente rappresentativo (le camere), nonché, almeno per alcuni aspetti, anche rispetto all'organo governativo, per cui esse possono ritenersi assimilabili al resto dell'amministrazione. Queste amministrazioni, infatti, pur essendo talora non connesse in modo pervasivo al sistema di responsabilità ed indirizzo ministeriale, non godono del sistema di garanzia ed indipendenza previsto per gli altri poteri dello Stato costituzionalmente previsti, per cui si trovano comunque, per questo verso, in un rapporto di particolare continuità privo di garanzie costituzionali di indipendenza – come si è detto – rispetto all'assemblea rappresentativa».

[78] M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale,* cit., 144 ss.

[79] R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'art. 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione,* cit., 540 ss.

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[80]. È dunque evidente la particolare funzione compensativa svolta dalla matrice della legalità per principi al fine di tentare di ovviare all'indeterminatezza della legge e ai "difettosi" parametri normativi di "raffrontabilità" del potere di regolazione[81].

La legalità per principi si rivela, invero, particolarmente confacente alle peculiarità del sottosistema delle Autorità indipendenti: si pensi, in questo senso, alla cruciale importanza che riveste 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[82]. 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[83].

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, infatti, comporterebbe un elevato tasso di creatività giurisprudenziale. In proposito, si è già più volte ricordato che i fini affidati dalla legge alle *authorities* sono spesso confliggenti, non coordinati, non

[80] D. SIMEOLI, voce «Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)», cit., 143.

[81] Con riferimento specifico al potere di regolazione dell'Anac nel "mercato" dei contratti pubblici, v. cap. IV, par. 4.

[82] Cap. III, parr. 3.2 e 3.3.

[83] Cap. IV, par. 9. 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).

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[84].

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

Giunti a questo punto dell'analisi, occorre ora procedere *a contrario,* verificando per ciascuno dei principali poteri (in particolare: para-normativi e provvedimentali) 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* rinvengono 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 – ancorché 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.

[84] 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.

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)[85], mentre devono conformarsi alla legalità-raffrontabilità, laddove essa sia predicabile. Essi, infine, devono conformarsi alla legalità-procedurale e alla legalità per principi.

Volgendo l'attenzione ai poteri (impliciti) provvedimentali delle *authorities* (così come sopra individuati), 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 conclusione, si può dunque affermare che le matrici necessarie al fine di esprimere un giudizio di sostenibilità circa il primo cedimento oggettivo (o anomalia) della legalità – costituito dai poteri impliciti para-normativi delle Autorità indipendenti – sono la legalità-indirizzo, la legalità-raffrontabilità, la legalità-procedurale e la legalità per principi.

I poteri impliciti provvedimentali (compresi quelli in materia di incarichi nelle p.a.), 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.

Peraltro, gli specifici poteri di regolazione che l'Autorità esercita in materia di contratti pubblici non sono impliciti in senso proprio, in quanto espressamente attribuiti dalla legge[86].

[85] V. par. 7.

[86] Essi si conformano alle matrici della legalità-garanzia (e non soltanto della legalità-indirizzo), della legalità-raffrontabilità, della legalità-procedurale e della legalità per principi. Occorre invece precisare che, con riguardo a taluni di questi poteri regolatori, la matrice della legalità-raffrontabilità non sembra essere rispettata e, per questa ragione, è stato giustificato il contenuto (esclusivamente) non vincolante dei predetti

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

L'indagine ha mostrato che, mentre i poteri impliciti provvedimentali non si conformano neanche alla matrice "minima" della legalità-garanzia (il che li rende insostenibili sul piano dell'ordinamento generale), i poteri para-normativi e i poteri (espliciti) provvedimentali si conformano, invece, 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 in concreto rispettate siano idonee a "compensare" quelle mancanti o deficitarie.

Ad esempio, con specifico riferimento ai poteri para-normativi, quando non operi la legalità-raffrontabilità, diviene essenziale la legalità per principi al fine di compensare la pur "debole" presenza della legalità-indirizzo[87] e di garantire comunque un accettabile sindacato.

Quanto ai poteri (espliciti) provvedimentali, la legalità-procedurale serve a compensare soprattutto la mancanza della legalità-prevedibilità[88].

La legalità per principi si mostra, invece, necessaria soprattutto nel caso in cui non sia possibile l'implementazione della legalità procedurale.

Infine, l'eventuale presenza della legalità-raffrontabilità può compensare la genericità del parametro "formale" di riferimento connaturato alla matrice della legalità-garanzia.

Ribadendo che appaiono comunque insostenibilmente anomali i poteri impliciti provvedimentali, in aggiunta alla spiegazione fondata

poteri. Trattasi, in particolare, delle c.d. linee guida "per obiettivi" di cui all'art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, che, secondo una parte della dottrina, «non p(ossono) mai assurgere a livello di atti(i) normativ(i)», in quanto non assistiti da parametri idonei a determinarne la "raffrontabilità": così G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?,* cit., 299-300.

[87] "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).

[88] Di fronte ai poteri provvedimentali si assiste a una torsione funzionale della matrice della legalità-procedurale, la quale sembra avvicinarsi al significato attribuitole dalla Cedu: il rafforzamento delle garanzie procedimentali di fronte al "farsi" del potere sembra volto, cioè, non tanto al ripristino in sede procedimentale delle dinamiche - mancanti nel caso delle *authorities* - della democrazia rappresentativa, quanto piuttosto a riconoscere al destinatario della misura sfavorevole più consistenti prerogative di difesa già nel corso del procedimento. Vedi subito *infra,* nel testo.

sulla logica della "compensazione", giunti a questo punto dell'indagine può anche essere di qualche utilità riprendere la suggestione che guarda all'oggetto come momento costitutivo del soggetto[89].

Si è infatti a suo tempo 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[90]: soprattutto con specifico riferimento all'Anac, sembra evidente la cruciale rilevanza, ai fini

[89] Cap. I, par. 2.

[90] Più in generale (soprattutto con riguardo ai poteri di carattere para-normativo), prevale 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 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. 201/2011 (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. 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.

dell'adempimento della *mission* affidata dall'ordinamento, dell'ampio potere di regolazione[91] che l'Autorità esercita nel "mercato" dei contratti pubblici[92].

Al riguardo, sembra potersi 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 "tipizzazione"[93] e i cui esiti non possono essere compiutamente prefigurati prima del suo "farsi".

D'altro canto, un eventuale depotenziamento della funzione regolatoria dell'Autorità a opera della giurisprudenza potrebbe, infatti, pregiudicare la *mission* e la ragion d'essere di un soggetto specializzato (quale è, appunto, l'Anac) che è stato scientemente modellato dal legislatore alla stregua di un vero e proprio "signore dei contratti pubblici".

## 12. *Una conclusione forse paradossale: dal problema della legalità alle questioni dell'impatto del modello "Autorità" sull'ordinamento e del ricorso coerente alla logica sistemica per la gestione del fenomeno dei contratti pubblici*

Dalla sintesi sin qui compiuta è rimasto invero estraneo un profilo essenziale. Emerge cioè che il vero problema relativo alle Autorità in-

[91] Tra l'altro questo concorre a spiegare perché in ordine alla regolazione non possa richiedersi la stretta osservanza della legalità-prevedibilità. Mentre infatti la prevedibilità presuppone la "stabilità" dell'oggetto interessato dall'azione, la regolazione che incida su un ambito complesso aperto ed in divenire (proprio perché forgiato dalla regolazione medesima) non consente di per sé di prefigurare in modo puntuale le premesse e i contenuti della regolazione. Si conferma dunque che la regolazione è un potere al contempo molto ampio, non privo di una "tipizzazione" (v. cap. I, parr. 1 e 6) i cui esiti non possono essere prefigurati prima del suo "farsi".

[92] Anche se detto ragionamento è astrattamente valido nei confronti della generalità delle Autorità indipendenti, esso può probabilmente fornire una chiave di lettura maggiormente esplicativa con riferimento all'Anac e alle particolari attenuazioni che le matrici della legalità subiscono nel sistema dei contratti pubblici.

[93] V. cap. I, parr. 1 e 6.

dipendenti attiene non tanto ai singoli segmenti dei loro poteri, ma innanzitutto al fatto che essi sono esercitati da un soggetto che non ha ricevuto una piena investitura politica.

Decisiva, dunque, è la questione concernente la legittimazione democratica del soggetto. Essa impone di mantenere l'indagine sul piano soggettivo, atteso che il sistema delle Autorità (e dell'Anac in particolare), anche a prescindere dal tema delle matrici della legalità e dei singoli poteri, deve essere compatibile con l'ordinamento nel suo complesso (e già si è anticipato[94] 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 dell'Anac è fondata sull'*accountability* tecnica di tale soggetto, 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.)[95], ed è significativo che sia appunto questo il profilo meno convincente che emerge applicando le matrici della legalità[96].

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 di strumenti di regolazione flessibile (come le linee guida) sia da salutare con favore in sostituzione di regole rigide e puntuali poste

[94] V. *supra,* par. 8.

[95] Ciò appare tanto più vero se si considera che (v. *supra* cap. I, par. 10), nel caso specifico dell'Anac, i profili attinenti alla tecnicità dei poteri tendano a sfumare.

[96] 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.). Sul punto, cfr., in part., cap. III, par. 2. e giurisprudenza ivi citata. In termini non dissimili, v. G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?,* cit., 299, che, con specifico riferimento ai poteri regolatori "per obiettivi" di cui all'art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, esclude che la mancanza in tali casi della legalità-raffrontabilità possa essere compensata dalla legalità-procedurale.

"dall'alto", a condizione che tali strumenti consentano al soggetto chiamato ad applicarli la possibilità di discostarsi alla luce delle specificità della fattispecie concreta.

Potrebbe allora risultare criticabile la circostanza che, tra gli strumenti di regolazione flessibile a disposizione dell'Anac, taluni atti regolatori non possono essere derogati dalle stazioni appaltanti, come avviene nel caso delle linee guida a efficacia vincolante.

L'inderogabilità delle predette "premesse decisionali" sembra implicare 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, infatti, in poteri para-normativi rispetto ai quali si (ri)attivano necessariamente le matrici della legalità[97].

La disciplina legislativa, poi, restituisce l'immagine di un soggetto (l'Anac) che affianca, vigila e indirizza l'attività di "qualunque" stazione appaltante dall'inizio alla fine del ciclo di vita di "qualunque" contratto pubblico.

In proposito, sotto un profilo oggettivo, si potrebbe osservare che l'azione conformativa dell'Autorità dovrebbe, invece, essere esercitata limitatamente a quelle tipologie contrattuali che richiedono decisioni non routinarie; sotto un profilo soggettivo, inoltre, essa dovrebbe essere rivolta solo nei confronti di soggetti tecnicamente meno attrezzati (in ragione dei caratteri che esibiscono: si pensi, ad esempio, a un piccolo comune). Gli attori tecnicamente più attrezzati (come, per esempio, le centrali di committenza), invece, dovrebbero agire con maggiore discrezionalità o, quanto meno, nei loro confronti mal si concilia l'inderogabilità di talune linee guida[98].

Sul punto, non sarebbe forse ardito sostenere che dove la complessità non si manifesta in modo rilevante (o per l'oggetto: attività standardizzate e routinarie; o per il soggetto: centrali di committenza) potrebbe non trovare adeguata giustificazione l'attuale e straordinario "arsenale" di poteri esercitabili dall'Autorità, essendo viceversa suffi-

[97] Non è un caso che la dottrina maggioritaria sia concorde nel qualificare le linee guida vincolanti alla stregua di atti soggettivamente e oggettivamente normativi: cfr. cap. IV, par. 9.

[98] Non a caso, è stata utilizzata l'espressione "tata" da G. NAPOLITANO in un articolo dal titolo "*è atipico il ruolo dell'anac sui contratti pubblici*" pubblicato sul Corriere della Sera il 28 aprile 2017.

ciente il riconoscimento di una generale – ancorché estesa – potestà di vigilanza sul sistema (sulla falsariga della vecchia Avcp)[99].

Si obietterà che ciò si giustifica per la necessità di tutelare interessi diversi e rilevanti: in effetti, la complessità del "sistema" dei contratti pubblici é stata affrontata affidando a un unico soggetto tecnicamente competente una pluralità di poteri molto ampi. Il fatto che tale soggetto si occupi anche di altri settori o ambiti materiali dell'ordinamento diversi dai contratti pubblici (anticorruzione, trasparenza, integrità dei pubblici dipendenti) e persegua numerose finalità (dalla concorrenza alla riduzione dei costi, dalla trasparenza appunto alla lotta alla corruzione), però, apre al rischio di alimentare ulteriore complessità, pregiudicando la possibilità di governarla[100].

D'altra parte, se la finalità prevalente della *mission* dell'Anac nel sistema dei contratti pubblici fosse individuata nella sola lotta all'illegalità e alla corruzione, la logica rigida e tradizionale che caratterizza il modello di tutela del *command and control* si imporrebbe come esclusiva[101]. In questo senso, ci troveremmo dunque di fronte a un uso non corretto, perché troppo ampio, del modello sistemico.

Ancora indugiando sulla portata vincolante di taluni degli strumenti di regolazione flessibili (tra cui, appunto, le linee guida) utilizzabili dall'Anac, si può osservare che l'obbligatorietà delle indicazioni ivi contenute non sembra 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,

[99] Sui caratteri della potestà di vigilanza dell'ormai soppressa Avcp, v. *amplius* C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici,* cit., 153 ss.

[100] Secondo S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti,* Milano, 2017, 54, l'Anac, «la cui azione viene invocata con una funzione salvifica della democrazia e della giustizia, è tuttavia sovraccarica di funzioni disparate (oltre che anticorruzione: trasparenza, incompatibilità e inconferibilità degli incarichi, controllo dei contratti pubblici, misure straordinarie nei confronti delle imprese, codici di comportamento dei dipendenti pubblici, monitoraggio e trasparenza della spesa sanitaria) e poco attrezzata per svolgerle».

[101] Si è visto che un simile rischio non appare del tutto infondato: cfr. cap. I, par. 9.

piuttosto che un soggetto che si comporta come un "badante" che decide al posto dei soggetti sottoposti alla sua "cura"[102].

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

Quanto appena osservato suscita ancora due riflessioni.

Se il ricorso al modello sistemico non può giustificare deroghe sul piano dell'ordinamento generale, la difficoltà di individuare – al di fuori del dato legislativo – un chiaro fondamento dell'azione dell'Autorità nel "mercato" dei contratti pubblici[103], unita alla insufficienza delle "compensazioni" del *deficit* di *accountability ex* art. 95, Cost. [104], potrebbe indurre a immaginare una eventuale (e costituzionalmente più sicura) attrazione dell'Anac entro il modello dell'agenzia: una veste giuridica, quest'ultima, che consentirebbe di conciliare al contempo la necessaria autonomia di azione (tecnica) con (l'altrettanto necessaria) responsabilità politica.

Per altro verso, posto che l'approccio sistemico deve essere utilizzato senza eccessive forzature, si sarebbe tentati, rispetto alla disciplina legislativa, da una parte, di ipotizzare un'attenuazione di alcuni poteri dell'Autorità in determinati ambiti considerati "non complessi", dall'altra, di prevedere in altri settori (anticorruzione, trasparenza, incarichi) l'utilizzo esclusivo del modello di tutela più tradizionale del *command and control.*

Si tratta di scelte spettanti al legislatore (cui va riservato il compito di delineare iconicamente [105] i tratti essenziali dei soggetti dell'ordinamento), senza peraltro dimenticare che un assetto adeguato di sistema può anche essere raggiunto e/o preservato con l'uso sorvegliato (o, comunque, ragionevole) 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.

[102] Le linea guida, cioè, hanno un'intensità e una forza espansiva che va misurata in ragione della competenza di chi le riceve: più è competente e istituzionalmente "forte" chi le riceve (es. le centrali di committenza), più quest'ultimo deve essere libero di derogarvi, allo scopo di restituire maggiore flessibilità ed efficienza al sistema.

[103] Cap. I, par. 11.

[104] V. par. precedente.

[105] Per ricorrere ancora alla suggestione cui si è fatto cenno, pur in un contesto diverso, *supra,* cap. IV, par. 6.