

INDICE

CAPITOLO I

I CEDIMENTI OGGETTIVI E SOGGETTIVI DELLA LEGALITÀ NEL SOTTOSISTEMA DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI

| | |
|---|----|
| 1. Introduzione: la torsione del principio di legalità al cospetto dell'attività delle Autorità indipendenti | 9 |
| 2. Il piano dell'indagine e la premessa metodologica: il "paradigma" del principio di legalità quale filtro di valutazione della tenuta dell'ordinamento, tra destrutturazione e lettura sistemica (rinvio) | 25 |
| 3. Il cedimento (oggettivo) della legalità. La teoria dei poteri impliciti | 30 |
| 4. Poteri impliciti e attività amministrativa "tradizionale" | 36 |
| 5. I poteri impliciti al vaglio della dottrina | 41 |
| 6. Regolazione, poteri impliciti delle <i>authorities</i> e principio di legalità | 46 |
| 7. Il cedimento (soggettivo) della legalità. L'Autorità nazionale anti-corruzione | 54 |
| 8. Un attore al contempo "solitario" e "dialogante"? | 56 |
| 9. Quale neutralità per le Autorità? | 60 |
| 10. Un attore poco tecnico? | 63 |
| 11. Un attore poco <i>accountable</i> ? | 66 |
| 12. Osservazioni di sintesi | 69 |

CAPITOLO II

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ E LE SUE DIFFERENTI "MATRICI"

| | |
|---|-----|
| 1. Principio di legalità, <i>authorities</i> e attività amministrativa: delimitazione dell'oggetto dell'indagine | 73 |
| 2. La "conformità alla legge" dell'attività amministrativa e la mutevolezza del significato del principio di legalità nelle sue varie accezioni | 77 |
| 3. La ricerca del fondamento costituzionale del principio di legalità | 87 |
| 4. Principio di legalità e attività amministrativa a contenuto normativo | 92 |
| 5. Una breve digressione: cenni al rapporto tra principio di legalità sostanziale e riserva di legge | 102 |

| | | |
|-----|--|-----|
| 6. | Legalità sostanziale e riserva di legge nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte costituzionale | 105 |
| 7. | I moniti della Corte europea dei diritti dell'uomo di fronte alla persistente (im)prevedibilità dell'azione amministrativa | 111 |
| 8. | <i>Segue.</i> Legalità Cedu e libertà economiche | 120 |
| 9. | La (presunta) "crisi" del principio di legalità | 124 |
| 10. | La "dilatazione" della legalità e l'ingresso di nuove "accezioni" | 132 |
| 11. | Osservazioni di sintesi: il ricorso alle "matrici" della legalità attraverso un approccio decostruttivo | 136 |

CAPITOLO III

REGOLAZIONE E POTERI IMPLICITI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI: ALCUNE FATTISPECIE PARADIGMATICHE

| | | |
|----|---|-----|
| 1. | Premessa | 143 |
| 2. | I poteri impliciti dell'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente nella giurisprudenza amministrativa | 144 |
| | 2.1 Un primo limite invalicabile: le misure a effetto ablatorio o sanzionatorio | 156 |
| | 2.2 Un secondo limite: la regolazione quale fonte eteronoma del contratto | 160 |
| 3. | La regolazione implicita dell'Agcm per la tutela della concorrenza: il caso degli impegni <i>antitrust</i> | 165 |
| | 3.1 Il rischio di un potere implicito di regolazione estraneo alla funzione classica dell'Agcm | 169 |
| | 3.2 La proporzionalità degli impegni | 170 |
| | 3.3 Impegni e funzione amministrativa dell'Agcm: i possibili rimedi al rischio (concreto) di una deriva "regolatoria" | 174 |
| 4. | Il potere implicito "regolamentare" dell'Agcom in materia di tutela del diritto d'autore su internet | 180 |
| 5. | I poteri impliciti dall'Avcp all'Anac tra vigilanza e regolazione flessibile | 191 |
| | 5.1 Vigilanza e ordini impliciti nella disciplina sugli incarichi presso le p.a. | 194 |
| | 5.2 La vigilanza dell'Anac sulle situazioni di conflitto d'interesse | 205 |
| | 5.3 Le potestà implicite dell'Anac in tema di trasparenza amministrativa | 209 |
| | 5.4 Regolazione flessibile: cenni e rinvio | 219 |
| 6. | Osservazioni di sintesi | 220 |

CAPITOLO IV
LE LINEE GUIDA DELL'AUTORITÀ NAZIONALE
ANTICORRUZIONE NELLA REGOLAZIONE FLESSIBILE
DEL "MERCATO" DEI CONTRATTI PUBBLICI

| | |
|--|-----|
| 1. Il ruolo dell'Anac nel "mercato" dei contratti pubblici: sentinella, tutor, suggeritore non disinteressato, curatore, regolatore, arbitro | 221 |
| 2. L'Anac come custode della "legalità" della fattispecie contrattuale nelle situazioni di emergenza | 229 |
| 3. L'Anac come custode della "legalità" nella fase dell'esecuzione del contratto | 234 |
| 4. L'Anac come regolatore flessibile dei contratti pubblici | 238 |
| 5. Le linee guida al cospetto del diritto amministrativo e del suo giudice | 241 |
| 6. Lo statuto "sostanziale" delle linee guida: una raffigurazione iconica delle migliori prassi | 251 |
| 7. Lo statuto delle linee guida dell'Anac secondo la legge | 255 |
| 8. Lo statuto delle linee guida dell'Anac secondo il Consiglio di Stato | 259 |
| 8.1 Le linee guida "ministeriali" | 260 |
| 8.2 Le linee guida vincolanti | 262 |
| 8.3 Le linee guida non vincolanti e i comunicati del Presidente dell'Anac | 265 |
| 9. Un primo bilancio: una conferma delle peculiarità delle linee guida dell'Anac | 269 |
| 10. Lo statuto delle linee guida dell'Anac secondo la dottrina | 273 |
| 11. Un secondo bilancio: più assonanze che divergenze | 277 |

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

| | |
|---|-----|
| 1. Ancora su Anac e contratti: un organismo "coordinatore" al vertice di un ordinamento sezionale? | 281 |
| 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 | 287 |
| 3. L'affinamento del modello descrittivo sistemico: dall'attenuazione della rilevanza delle regole all'aumento delle competenze | 292 |

| | | |
|-----|---|-----|
| 4. | L'impatto sull'ordinamento generale: alla ricerca (di un istituto giuridico adeguato e, comunque) delle anomalie sostenibili | 297 |
| 5. | Anomalie e matrice della legalità-indirizzo | 299 |
| 6. | Anomalie e matrice della legalità-raffrontabilità | 301 |
| 7. | Anomalie e matrice della legalità-prevedibilità | 302 |
| 8. | Anomalie e matrice della legalità-procedurale | 303 |
| 9. | Anomalie e matrice della legalità per principi | 306 |
| 10. | La verifica <i>a contrario</i> partendo dalle funzioni | 308 |
| 11. | Attenuazioni e compensazioni tra matrici diverse: dall'oggetto al soggetto | 310 |
| 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 | 312 |
| | <i>Bibliografia</i> | 317 |

CAPITOLO I

I CEDIMENTI OGGETTIVI E SOGGETTIVI DELLA LEGALITÀ NEL SOTTOSISTEMA DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI

SOMMARIO: 1. Introduzione: la torsione del principio di legalità al cospetto dell'attività delle Autorità indipendenti. – 2. Il piano dell'indagine e la premessa metodologica: il “paradigma” del principio di legalità quale filtro di valutazione della tenuta dell'ordinamento, tra destrutturazione e lettura sistemica (rinvio). – 3. Il cedimento (oggettivo) della legalità. La teoria dei poteri impliciti. – 4. Poteri impliciti e attività amministrativa “tradizionale”. – 5. I poteri impliciti al vaglio della dottrina. – 6. Regolazione, poteri impliciti delle *authorities* e principio di legalità. – 7. Il cedimento (soggettivo) della legalità. L'Autorità nazionale anticorruzione. – 8. Un attore al contempo “solitario” e “dialogante”? – 9. Quale neutralità per le Autorità? – 10. Un attore poco tecnico? – 11. Un attore poco *accountable*? – 12. Osservazioni di sintesi.

1. *Introduzione: la torsione del principio di legalità al cospetto dell'attività delle Autorità indipendenti*

L'“erompere” delle Autorità amministrative indipendenti sul piano dell'ordinamento generale¹ ha sin da subito alimentato un fervido e copioso dibattito (soprattutto dottrinale), in ragione di alcune significative aree di crisi che questi soggetti hanno prodotto nei confronti di alcune (e apparentemente inscalfibili) categorie del diritto amministrativo².

¹ Per riprendere la fortunata espressione utilizzata da A. PREDIERI, *L'erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, *passim*.

² Per una sintesi di tale dibattito, v. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, in part. 95-102 e 127 ss. La letteratura sulle Autorità indipendenti è naturalmente vastissima, il che rende estremamente arduo il tentativo di un'opera di selezione. In generale, oltre a tutti gli altri Autori che saranno citati nel corso dell'analisi, possono essere intanto richiamati: M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Padova, 1994, *passim*; ID., *Le autorità indipendenti*, Bari-Roma, 2007, *passim*; M. D'ALBERTI, voce «Autorità indipendenti (dir. amm.)», in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1995; S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, *passim*; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996, *passim*; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir.*

Le Autorità indipendenti (o anche “*authorities*”) non sono utilmente riconducibili entro un modello unitario³, in considerazione delle significative differenze strutturali e funzionali che le caratterizzano, spesso derivanti dalle specificità dei settori cui si è tentato di circoscrivere la loro rispettiva sfera d’azione⁴.

Anche se non vi sono posizioni cristallizzate in dottrina, appare nondimeno possibile intravedere alcuni caratteri comuni alle Autorità indipendenti fiorite nel nostro ordinamento, tra i quali non si può non rammentare: il tendenziale affrancamento dai condizionamenti derivanti dall’indirizzo politico-amministrativo del Governo⁵, l’estraneità all’organizzazione amministrativa tradizionale, il carattere neutrale che generalmente contraddistingue l’attività di tali soggetti e l’*expertise* tecnica dei loro organi di vertice e del personale⁶.

pubbl., 1997, 645 ss.; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit., *passim*; V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, III, 1997, 341 ss.; G. VESPERINI, G. NAPOLITANO, *Le autorità indipendenti: norma, procedimento e giudice*, Viterbo, 1998, *passim*; S. A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999, *passim*; M. DE BENEDETTO, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Bologna, 2000, in part. 15 ss.; ID., voce «Autorità indipendenti», in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006, 588 ss.; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, 176 ss.; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, *passim*; ID., *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002, *passim*; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, *passim*; F. MERUSI, M. PASSARO, voce «Autorità indipendenti», in *Enc. dir., agg.*, VI, Milano, 2002, 146 ss.; P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, 2004, *passim*; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, *passim*; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 97 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema*, Torino, 2005, *passim*; ID. (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009, *passim*.

³ *Ex multis*, G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1, 1996, 1.

⁴ G. PORTALURI, *Il principio di imparzialità e i modelli organizzativi. Le Autorità amministrative indipendenti*, in R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAIITTA (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, I, Firenze, 2016, 301.

⁵ Ciò vale, in particolare, per quelle *authorities* che svolgono funzioni di regolazione dei mercati di riferimento: cfr. M. D'ALBERTI, *La nuova disciplina delle autorità indipendenti*, in *astrid-online.it*, 2007.

⁶ Secondo G. PORTALURI, *Il principio di imparzialità e i modelli organizzativi. Le Autorità amministrative indipendenti*, cit., 302, l'unico profilo comune alle varie *authorities* sarebbe, invero, la loro sottrazione – variamente declinata a seconda delle singole Autorità – all'influenza diretta del Governo.

In linea più generale – e senza qui soffermarsi sulle molteplici ragioni che hanno portato alla nascita e al successivo sviluppo di questi organismi⁷ – si può osservare che si tratta di soggetti pubblici ai quali il legislatore ha affidato, anche su decisivo impulso dell’ordinamento europeo, il compito di “presidiare” – specialmente dopo l’ondata di privatizzazioni e di liberalizzazioni avvenuta a partire dai primi anni ’90 del secolo scorso – taluni settori o mercati sensibili, affinché valori, quali la libertà di iniziativa economica privata, la concorrenza, la stabilità e il corretto funzionamento del sistema finanziario, la tutela del risparmio, il pluralismo dell’informazione, la *privacy*, e così via, fossero pienamente e effettivamente tutelati.

Al fine di adempiere alla loro *mission* istituzionale, quindi, le Autorità indipendenti sono state dotate di un’ampia gamma di poteri sostanzialmente atipici, che comprende, oltre a quelli di amministrazione attiva, anche potestà *lato sensu* normative, di vigilanza e controllo, ispettive, sanzionatorie, giustiziali e di *moral suasion*.

La collocazione al di fuori del circuito politico-rappresentativo e la conseguente assenza in capo a tali soggetti della tipica *accountability* ministeriale di cui all’art. 95, Cost., hanno impegnato la dottrina più attenta a rinvenire nell’ordinamento un qualche fondamento costituzionale delle Autorità indipendenti e dei pervasivi poteri a esse conferiti, specie di quelli aventi natura normativa o para-normativa⁸.

Senza ripercorrere l’evoluzione del dibattito appena accennato e rinviando agli approfonditi studi sul tema⁹, la dottrina prevalente pare

⁷ *Ex multis*, cfr. R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2005, 79 ss.

⁸ Da un esame approfondito delle singole potestà normative spettanti alle *authorities* risulta come esse siano contraddistinte da un’elevata eterogeneità degli atti di loro diretta espressione, dalla straordinaria ampiezza delle attribuzioni e degli ambiti di loro competenza, dalla profonda incidenza che tali atti hanno nel godimento di diritti soggettivi, nel conferimento di obblighi e nell’imposizione di sanzioni. Sul punto, v., *ex multis*, F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009, 312.

⁹ Per un’analisi delle principali posizioni emerse in dottrina, v. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., 137 ss. Cfr., inoltre, senza pretesa di esaustività: N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 87 ss.; A. BARBERA, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti?*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano, 1997, 90; M. A. CABIDDU, D. CALDIROLA, *L’attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 2000, 13; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., 176 ss.; ID., *Il potere regolamen-*

concorde nel ritenere sussistente tale fondamento, che viene talora individuato nella rilevanza costituzionale degli interessi tutelati¹⁰, talaltra direttamente nell'ordinamento dell'Unione europea¹¹, oppure ancora in alcuni dei caratteri distintivi sopra richiamati, come l'indipendenza dall'Esecutivo, la neutralità rispetto agli interessi in gioco e la natura prevalentemente tecnica dei compiti esercitati¹².

Con riguardo particolare ai poteri normativi o "regolamentari", comunque denominati, presenti in gran parte delle *authorities*, non pare si possa contestarne il fondamento in presenza di una norma legislativa attributiva del relativo potere¹³: a prescindere dalla formale qualificazione regolamentare e dalla assimilazione ai pur esistenti modelli

tare di ISVAP dopo il Codice delle Assicurazioni, in *Scritti in onore di Giovanni Grottanelli de Santi*, Milano, 2007, 599 ss; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002, *passim*; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002, *passim*; M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Banca impr. soc.*, 2003, 39 ss.; ID., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., 149 ss.; P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, cit., *passim*; F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 43 ss.; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, 2006, 210 ss.; F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, cit., 205 ss.

¹⁰ V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, cit., 341; A. PREDIERI, *L'erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 89; P. BILANCIA, *Riflessi del potere normativo delle Autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1999, 251 ss.

¹¹ Sul fondamento europeo delle Autorità indipendenti, v. F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, cit., 97; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Torino, 2007, 113-114; G. PUCCINI, *La potestà regolamentare della Consob in materia di intermediazione finanziaria alla luce della normativa del testo unico e della sua esperienza attuativa*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, 2004, 14; V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJINO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2009, 75 ss.

¹² Su cui v., ad es., Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521. Peraltro, c'è chi ha rilevato (F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, cit., 112) che l'eventuale negazione di un fondamento costituzionale dei poteri normativi delle *authorities* «finirebbe per contraddire il dato palese del consolidamento delle stesse autorità come figure soggettive del nostro panorama istituzionale».

¹³ Altra (e più problematica) questione concerne i limiti all'esercizio di tali poteri, su cui v. *infra*.

generali previsti dall'ordinamento¹⁴, il sistema delle fonti di rango secondario è, infatti, aperto e pluralistico e la potestà normativa può essere esercitata, per espressa volontà del legislatore (non vietata dalla Costituzione) ed entro i limiti delle materie di competenza statale, anche da soggetti privi di legittimazione democratica¹⁵.

¹⁴ Dapprima individuati dalla l. n. 100/1926 e, successivamente, dalla l. n. 400/1988. In riferimento all'impossibilità di ricondurre le fonti secondarie al modello generale dei regolamenti governativi di cui alla l. n. 400/1988, v., in part., M. MASSA, *Regolamenti amministrativi e processo*, Napoli, 2011, 15.

¹⁵ Il problema era già stato colto da: A. M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, 1970, 48 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1993, 120; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, cit., 231. Sui peculiari rapporti tra legge e atti normativi delle *authorities*, v. F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, cit., 305-309, il quale ha osservato che la tradizionale subordinazione, nella gerarchia delle fonti del diritto, dei regolamenti governativi rispetto alla legge ordinaria non può automaticamente essere riprodotta nei confronti di altri soggetti, come le *authorities*. Nell'attuale sistema delle fonti, la legge dello Stato non assume più il ruolo di fonte "massima", ma si colloca all'interno di un quadro complesso e articolato, unicamente ricostruibile mediante una logica di tipo pluralistico, in cui la ripartizione normativa dei diversi settori della vita associata è regolata dal principio della competenza. Nel sistema composito appena descritto viene, quindi, riconosciuto in capo alle Autorità indipendenti una sfera di "autonomia normativa" nei settori di propria competenza, la quale, sebbene formalmente sottoposta alla fonte di rango primario, sostanzialmente l'affianca e molto spesso la sostituisce. Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 94, secondo cui «nell'ambito della normazione secondaria vige nel nostro sistema il principio della atipicità degli atti normativi, categoria aperta ad una serie di specie e di modelli stabiliti dalla legge». Per un deciso "allargamento" del sistema delle fonti del diritto amministrativo rispetto alla sistematica tradizionalmente conosciuta, v. M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4, 2015, 683 ss., il quale ravvisa nel diritto amministrativo «il regno dell'atipicità-pluralità delle fonti» e «(l)'esempio che per eccellenza esprime tradizionalmente siffatta atipicità è costituito dalle fonti secondarie» (692-693). Secondo l'A., «(p)er quanto si sia cercato di ricondurre esclusivamente alle fonti democraticamente e costituzionalmente legittimate le funzioni normative, le vicende storiche hanno inequivocabilmente mostrato che un tale disegno è irrealizzabile». Pertanto, il tratto caratterizzante delle fonti del diritto amministrativo, «quale che ne sia il modo di legittimazione», sarebbe quello di «determinare i parametri che si collocano in una posizione gerarchicamente sovraordinata agli atti individuali e concreti, ed in particolare (...) ai provvedimenti amministrativi» (710-711). In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. atti normativi, parere n. 11603/2005, secondo cui «(l)'attribuzione – una volta accertato il rispetto del principio di legalità – di un potere regolamentare a soggetti diversi dal Governo trova quindi la sua giustificazione, per le specifiche discipline di settore, nel criterio di una più razionale distribuzione dei ruoli e delle compe-

Più che indugiare, dunque, ancora una volta, sull'ormai arato terreno della ricerca del fondamento delle *authorities* e dei poteri a esse affidati (sui quali i risultati cui è approdata la dottrina si ritiene non meritino di essere ulteriormente rivisti), l'oggetto del presente contributo muove proprio dalla sussistenza di tale fondamento (purché ricavabile da una fonte a ciò abilitata)¹⁶ per focalizzare, invece, l'attenzione su un diverso e rilevante problema che si colloca "a valle" del fenomeno preso in esame, e che specificamente concerne la portata dei limiti o dei "contrappesi" ai quali deve essere necessariamente soggetta l'attività delle di tali organismi.

Il problema – seppure risalente ma ancora sostanzialmente irrisolto – riguarda, infatti, non tanto la ricerca di un fondamento dell'esistenza del soggetto e/o dei poteri (specie quelli normativi) delle Autorità indipendenti – per lo più ricavabile all'interno dell'ordinamento nazionale o europeo – quanto la frequente assenza di precisi limiti o di convincenti criteri direttivi al loro esercizio¹⁷.

D'altra parte, è proprio con precipuo riferimento all'"attività" delle Autorità indipendenti che taluni principi classici del diritto amministrativo sono sottoposti a continui adattamenti e attenuazioni¹⁸.

Le maggiori preoccupazioni sollevate dalla dottrina concernono, in particolare, le incisive torsioni che le Autorità indipendenti provocano al principio di legalità amministrativa e ai suoi vari significati.

Il passaggio dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore ha, di-

tenze, criterio analogo a quello che ha presieduto alla stessa ridefinizione dei rapporti tra Parlamento e Governo operata con la legge 400/88».

¹⁶ Non si ritiene, invece, che il fondamento in analisi possa essere esclusivamente rintracciato in via ermeneutica dalle finalità istituzionali cui sono deputate le singole *authorities*. Una siffatta operazione interpretativa non appare, infatti, possibile in mancanza di un'espressa fonte di rango primario (seppure generica e indeterminata) da cui possa direttamente desumersi il fondamento del potere normativo. Non tutta la dottrina pare, comunque, essere concorde sul punto: v. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., il quale ha ravvisato in capo alle Autorità indipendenti una «generale potestà regolamentare innominata finalizzata al perseguimento della parità delle armi». In argomento, v. cap. III, par. 4, in merito alla dubbia competenza "regolamentare" dell'Agcom in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica.

¹⁷ *Ex multis*, v. S. CASSESE, *La Commissione Nazionale per la Società e la Borsa-Consob e i poteri indipendenti*, in *Riv. soc.*, 1994, 418; G. DE MINICO, *Antitrust e Consob. Obiettivi e funzioni*, Padova, 1997, 245; G. PORTALURI, *Il principio di imparzialità e i modelli organizzativi. Le Autorità amministrative indipendenti*, cit., 311.

¹⁸ E. CASSETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, 267.

fatti, mutato il rapporto tra legge e azione amministrativa¹⁹: questo non risponde più ai canoni lineari dello schema tradizionale, in base al quale l'amministrazione assurgeva esclusivamente a mera esecutrice di comandi legislativi positivizzati; diversamente, la funzione di direzione dell'azione dei pubblici poteri svolta originariamente dalla legge è ormai spesso sostituita da forme blande di indirizzamento alla realizzazione di valori e principi dai contorni indefiniti²⁰.

Si parla, invero – almeno con riferimento ad alcune *authorities* – di funzioni di “regolazione” per rendere conto della complessità ed eterogeneità dei poteri a queste affidati per il “controllo” di peculiari mercati interessati dai processi di liberalizzazione²¹.

In assenza di unanimità di vedute in dottrina²², la regolazione non allude comunque al solo potere regolamentare²³ inteso come potestà normativa in senso stretto²⁴; proprio per la sua natura polisemica, le specificità di questa vanno, invece, colte sotto un profilo funzionale,

¹⁹ In questo senso si esprime P. SALVATORE, *La legalità nell'amministrazione*, in *Giurisdiz. amm.*, 3, 2007, 100.

²⁰ Cfr. Tar Lombardia, sez. III, 14 marzo 2013, n. 683.

²¹ Sulla distinzione tra Autorità «di garanzia» e Autorità «di regolazione», v. G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia*, cit., 645 ss.; distinzione che è condivisa da M. D'ALBERTI, *Le Autorità amministrative indipendenti*, in G. VESPERINI (a cura di), *La riforma dell'amministrazione centrale*, Milano, 2005, 97.

²² Per una descrizione delle varie posizioni emerse, anche a livello sovranazionale, v. N. RANGONE, voce «Regolazione», in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, 2006, 5057 ss. e bibliografia ivi indicata. A favore di una delimitazione della nozione di “regolazione”, anche al fine di distinguerla dalla nozione di “concorrenza”, cfr. S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in M. D'ALBERTI, G. TESAURO (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 12-13, secondo cui essa deve essere limitata «a quelle forme di ingerenza che non sono esterne al mercato, ma che sono parte del mercato, nel senso che contribuiscono a conformarlo», così differenziandosi dalla «concorrenza», la quale mira, invece, alla solo correzione dei risultati non desiderati dal mercato. Sui rapporti tra regolazione e concorrenza, v. S. VALENTINI, *Diritto e istituzioni della regolazione*, Milano, 2005, 59 ss.

²³ Per una panoramica generale intorno alle caratteristiche del potere “regolamentare” delle Autorità indipendenti, v. F. POLITI, voce «Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti», in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, X, Agg., Roma, 2001; S. MARZUCCHI, voce «Regolamenti delle Autorità indipendenti», in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, 2006, 5020 ss., la quale tiene distinti i «regolamenti di organizzazione» dai «regolamenti a rilevanza esterna».

²⁴ Come evidenziato in dottrina (F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, cit., 110-111), tra “regolazione” e potestà regolamentare vi sarebbe, piuttosto, un rapporto di *genus e species*.

nel senso che la regolazione è – in via di principio – un’attività, unitariamente considerata, diretta al corretto funzionamento di un determinato settore di attività private di carattere economico o anche sociale, caratterizzate da un elevato livello di specializzazione: «(e)ssa consiste in un’azione continua di osservazione, regolazione, correzione delle attività che gli operatori del settore pongono in essere, al fine di farle svolgere in modo conforme ai principi e ai valori che di volta in volta vengono individuati dalla legge»²⁵. Trattasi, in altre parole, di «un’attività che può concretarsi in provvedimenti puntuali tradizionali (come autorizzazioni ad imprese o sanzioni pecuniarie), ma include anche e soprattutto decisioni di tipo quasi-giudiziale, come quelle adottate dalle autorità antitrust per la risoluzione di casi concreti, e comprende altresì l’emanazione di regolamenti, di standard, di criteri

²⁵ F. G. SCOCA, voce «Attività amministrativa», in *Enc. dir.*, Agg., VI, 2002, 80. Sul concetto di “regolazione”, v., *ex multis*, S. FREGO LUPPI, *L’amministrazione regolatrice*, cit., 143 ss.; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, 19 ss.; S. VALENTINI, *Diritto ed istituzioni della regolazione*, cit., *passim*; M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, 265 ss.; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, cit., 110-111, secondo cui «(l)a regolazione può essere descritta come una funzione di controllo o vigilanza su un settore od attività considerata rilevante sul piano socio-economico, la quale si esprime in attività positiva (atti di indirizzo, regolamenti, autorizzazioni, misure accessorie ad atti autorizzativi), in attività successiva di verifica, ovvero anche in attività di *moral suasion* o di proposta. L’elemento distintivo di tale ampia funzione di regolazione non sta, dunque, nel profilo strutturale (...). Sta invece nel profilo (*stricto sensu*) funzionale: essa si spiega in un settore aperto al mercato; è esercitata da una *agency* pubblica indipendente e neutrale rispetto agli interessi in gioco; non persegue un interesse pubblico proprio e dato, bensì regola in modo neutrale gli interessi in conflitto; è condizionale e non finalistica; mira al riequilibrio delle posizioni asimmetriche nel mercato; riduce posizioni di eccessiva forza di mercato; cura la protezione di determinati interessi, valori e diritti di fondamento costituzionale che possano subire un *vulnus*; svolge un compito che presuppone una elevata competenza tecnica, perché incide su oggetti e discipline altamente specialistiche; è sempre complementare ed assiologicamente subordinata alla libertà di concorrenza che incarna la scelta di fondo dell’ordinamento. È, la regolazione, in estrema sintesi, l’insieme di quelle correzioni, connotate da elasticità, alta competenza tecnica e specialistica, che sono necessarie al libero mercato». Per una sintesi recente delle posizioni emerse in dottrina sul concetto di regolazione, v. P. LAZZARA, *La funzione regolatoria: contenuto natura e regime giuridico*, in M. CAFAGNO, F. MANGANARO (a cura di), *L’intervento pubblico nell’economia*, V, Firenze, 2016, 117 ss.

generali, riconducibili all'idea di un'attività normativa o quasinormativa (corrispondente al *rulemaking* angloamericano)²⁶.

I regolatori indipendenti diverrebbero così "arbitri"²⁷ dei mercati di rispettiva competenza, limitandosi a mantenere, in modo neutrale rispetto agli interessi in gioco, le condizioni per il loro corretto ed efficiente funzionamento, mediante la predisposizione di regole condizionali (e non finalistiche), la vigilanza sull'applicazione di tali regole e l'intervento in caso di violazione di esse *sub specie* di provvedimenti sanzionatori o giustiziali²⁸. Il tutto secondo un meccanismo *process oriented* fondato sul contraddittorio, sulla partecipazione degli *stakeholders* e sulla trasparenza delle decisioni²⁹.

Il carattere "neutrale" della regolazione indipendente, tuttavia, è contestata da una parte della dottrina per l'ampia discrezionalità di cui i regolatori godono nell'esercizio dei poteri "tecnici" a essi affidati, i quali sovente celano scelte di carattere squisitamente politico, o comunque sono tesi alla cura di un interesse pubblico specifico collegato al settore economico-sociale di riferimento, che, qualificando la particolare *mission* istituzionale che tali soggetti sono tenuti a compiere, ne pregiudica inevitabilmente la posizione di terzietà³⁰.

In riferimento all'area dei «servizi di pubblica utilità», la legge individua alcuni principi e finalità generali comuni che devono presiedere l'attività di regolazione delle Autorità preposte a tali settori³¹. Inve-

²⁶ M. D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 4, 2013, 607 ss., ove l'A. si sofferma in particolare sulla presenza di soggetti privati e di strumenti di diritto privato nelle attività di regolazione.

²⁷ Per riprendere il titolo di una approfondita ricerca sul tema in esame: M. D'ALBERTI, A. PAJNO, *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, *passim*.

²⁸ F. G. COCA, voce «Attività amministrativa», cit., 81.

²⁹ S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, cit., 13.

³⁰ Per una accurata ricostruzione delle varie posizioni emerse in dottrina cfr. da ultimo, anche per i riferimenti bibliografici ivi contenuti, M. T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari, 2017, 239 ss., la quale esclude il carattere di neutralità nelle funzioni esercitate dalle *authorities* (253), riportando l'esempio delle funzioni tutt'altro che neutrali esercitate dall'Autorità garante per la concorrenza e il mercato; e ciò in linea con quanto già affermato dalla dottrina precedente: *ex multis*, v. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., 128 ss., secondo cui «(n)ell'esercizio dei suoi poteri l'Autorità non ha "una posizione di indifferenza verso gli interessi coinvolti" avendo istituzionalmente in carico la cura dell'interesse pubblico primario alla tutela del mercato» (137).

³¹ Cfr. art. 1, comma 12, l. n. 481/1995.

ro, la regolazione o il modello «regolativo-giustiziale»³² delle *authorities* evoca «un ben determinato e oltretutto “vivace” regime giuridico», che si è formato e sedimentato negli anni grazie all’ampio contributo della dottrina e dei principi emersi in seno alla giurisprudenza, sia nazionale che (soprattutto) europea³³. A tacere delle specificità insite in ciascun settore, è, infatti, possibile intravedere taluni caratteri e obiettivi che qualificano l’attività delle Autorità di regolazione, come ad esempio la continua ricerca di un equilibrio tra le marcate finalità pro-concorrenziali degli interventi (di natura perlopiù tecnica) con i più solidaristici obiettivi di tutela dei consumatori e di trasparenza tariffaria nei mercati³⁴.

Sullo sfondo resta il problema (tuttora irrisolto) circa la qualificazione degli atti di regolazione come regolamenti o atti amministrativi generali al fine di determinarne il corrispondente regime giuridico³⁵,

³² N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità antipicche. L’Autorità nazionale anticorruzione*, in *giustamm.it*, 5, 2016, che precisa che il modello in questione «è informato ai principi della partecipazione all’elaborazione delle regole, dell’amministrazione contenziosa quanto all’applicazione di esse, dell’imparzialità oggettiva dell’autorità decidente».

³³ Lo ricorda, di recente, F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2017, 396 ss.

³⁴ Cfr. ad esempio Tar Lombardia, sez. III, 14 marzo 2013, n. 683: «(l)a regolazione investe un determinato mercato di rilevanza economica, con l’effetto di “conformarne” le regole di funzionamento: a livello macro, definendone i caratteri morfologici di struttura (ad esempio, in termini di liberalizzazione, svolgimento concorrenziale, servizio pubblico, requisiti di ammissione degli operatori, sanzione dei comportamenti scorretti, separazione contabile, utilizzo delle reti infrastrutturali); a livello micro (ovvero dei singoli rapporti giuridici), prescrivendo regole di condotta agli operatori economici (in termini di prezzi, garanzie, regimi di tutela)».

³⁵ V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 105. Cfr. anche Cons. Stato, sez. atti normativi, parere n. 11603 del 2005; di recente, in ordine alla qualificazione delle linee guida dell’Anac in materia di contratti pubblici, v. G. MORBIDELLI, *Linee guida dell’Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 3, 2016, 285 ss. Invero, già la stessa distinzione, a livello generale, tra regolamenti e atti amministrativi generali risulta piuttosto complessa da decifrare in assenza di criteri generalmente validi in astratto: v., *ex multis*, A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, 178; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, 385 ss.; M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Classificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 53 ss. In giurisprudenza, v. Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2012, n. 9, secondo cui «(...) è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia *a priori* che *a posteriori* (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell’astrattezza),

anche se i più recenti interventi legislativi e soprattutto l'opera della giurisprudenza amministrativa paiono ridimensionare il problema almeno nei settori in cui operano le *authorities*³⁶, ove gli atti in esame – se si guarda alla disciplina che ne dà il diritto positivo in taluni settori – sono per molti aspetti sottoposti al medesimo regime giuridico³⁷: ciò vale, ad esempio, con riguardo al rispetto di determinate garanzie procedurali e alla facoltà di impugnazione “diretta” dell'atto finale da parte dei soggetti che se ne assumano lesi³⁸. Ai fini dell'attrazione in un modello generale piuttosto che nell'altro appare comunque inevitabile un'indagine di tipo sostanzialistico volta a esaminare in concreto il contenuto dispositivo del singolo atto preso in esame³⁹.

Alla regolazione delle *authorities* viene talvolta accostata la natura (di matrice internazionalistica, ma anche europea) “flessibile” o “*soft*”, al fine di qualificare tutta una congerie indefinita di atti atipici e informali (quali: raccomandazioni, linee guida, istruzioni, inviti, orien-

mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili *a priori*, ma certamente determinabili *a posteriori* in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminata di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti».

³⁶ M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., 141 ss.

³⁷ Ad esempio, in tema di contratti pubblici, v. art. 213, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui è fatta salva l'impugnabilità delle «decisioni» e degli «atti» assunti dall'Anac innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa. Inoltre, con riferimento particolare all'emanazione delle linee guida e indipendentemente dalla loro qualificazione giuridica, l'Anac «si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice».

³⁸ M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 738 ss.

³⁹ Già G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, *passim*. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 8 maggio 2012, n. 2674. È nota, infatti, l'insufficienza di criteri di distinzione di natura esclusivamente formale, come testimonia, ad esempio, il fenomeno della «fuga dal regolamento», su cui v., di recente, B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2-3, 2015, 389. Secondo G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., 289-290, «il ricorso ai criteri sostanziali dell'astrattezza, della generalità e della ripetibilità è suscettibile di infinite discussioni, nel senso che ciascuno di tali criteri incontra aree di crisi (...). Tuttavia la compresenza di tali caratteristiche costituisce di per sé un rilevantissimo criterio indicatore».

tamenti, comunicati, e così via), che si distinguono dagli altri atti amministrativi con valenza regolatoria per il fatto di produrre effetti di mera *moral suasion* sui comportamenti dei destinatari ai quali si rivolgono (senza esplicitare, quindi, alcuna forza cogente), nonché per il modo – consensuale e partecipato – con cui essi prendono forma⁴⁰. Non di rado, tuttavia, accade che tali atti si traducano in sostanziali manifestazioni atipiche delle potestà para-normative delle *authorities*, urtando così col principio di tipicità delle fonti⁴¹. In ogni caso, anche se non formalmente vincolanti, si è concordi nel ritenere che essi presentino un grado di oggettiva «effettività», che si misura in relazione all'autorevolezza istituzionale del soggetto che li adotta⁴².

Ciò detto, la straordinaria ampiezza degli spazi di azione concessi a talune Autorità ha naturalmente allarmato la dottrina, che ha parlato di un sistema di «vere e proprie deleghe in bianco»⁴³, le quali, oltre a comportare una deviazione rispetto al tradizionale sistema delle fonti, rimettono di fatto al libero convincimento di tali soggetti ogni tipo di

⁴⁰ V. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, *passim*; A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali. Atti del 20° Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Catania, 14-15 ottobre 2005, Padova, 2007, 369 ss.; A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, *passim*. Nella dottrina amministrativistica, v. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., 138: «(l)la funzione formale, autoritativa-prescrittiva, di quest'ultimo tipo di fonti (i.e. la *soft law*) tende a degradare progressivamente verso una funzione informale, essenzialmente persuasiva, di promozione di comportamenti ritenuti auspicabili dall'autorità di regolazione, o (...) collaborativa». ID, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 87; M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1, 2017, 149 ss.

⁴¹ M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., 144-145, il quale ne evidenzia l'importanza soprattutto nel settore bancario. C'è chi ne propone, invero, la collocazione all'interno delle c.d. «fonti terziarie» del diritto amministrativo ogniquale volta assumano concretamente una rilevante efficacia prescrittiva: M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 737. Il dibattito in ordine all'inquadramento e al regime giuridico degli atti di regolazione flessibile ha assunto un rinnovato vigore in materia di contratti pubblici con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, che ha devoluto all'Anac un potere di regolazione di siffatta natura: sul punto, anche per i relativi riferimenti bibliografici, v. *infra*.

⁴² *Ex multis*, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 87. Sul rapporto tra principio di effettività e buona qualità della regolazione, v. R. FERRARA, *Qualità della regolazione e problemi della multilevel governance*, in *Foro amm.-Tar*, IV, 2005, 2254 ss.

⁴³ P. CARETTI, *Introduzione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, cit., 15 ss.

decisione inerente agli ambiti di loro competenza, con buona pace del principio di separazione dei poteri⁴⁴.

In particolare, l'“esternalizzazione” dei compiti (anche e soprattutto) di regolazione dei mercati suddetti è stata, tra l'altro, giustificata dal fatto che questi ultimi, sebbene in gran parte liberalizzati, non fossero di per sé in grado di tutelare la concorrenza al loro interno, né di salvaguardare esigenze in senso lato collettive a fronte della pluralità dei gestori. Si assiste così alla creazione artificiale di regole di comportamento che – come già anticipato – mirano, da un lato, a garantire che la competizione avvenga ad armi pari e, dall'altro, a evitare il pericolo che la ricerca del profitto frustri finalità sociali e collettive⁴⁵.

La predeterminazione di un completo e stabile apparato normativo per il “governo” di tali mercati costituiva, tuttavia, un proposito difficilmente attuabile, in virtù della natura squisitamente tecnica delle regole e dell'elevato tasso di obsolescenza cui esse erano soggette per la rapidità dei cambiamenti dei mercati considerati⁴⁶.

Pertanto, la necessità di una competenza altamente specialistica da un lato, e di una flessibile capacità di adattamento delle “regole del gioco” alle frequenti evoluzioni della realtà economico-sociale dall'altro, ha indotto giocoforza il legislatore ad attribuire alle *authorities*, nonostante la “sensibilità” dei mercati coinvolti e la rilevanza delle libertà economiche che in essi fisiologicamente si esplicano, compiti estremamente generici, spesso individuati solo per il tramite di alcuni obiettivi da perseguire (anch'essi, peraltro, caratterizzati da

⁴⁴ M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 3865-3866. Si pensi, per fare un esempio, al potere di Banca d'Italia di «emanare disposizioni di carattere generale aventi a oggetto: 1) il contenimento dei rischi che possono inficiare il regolare funzionamento, l'affidabilità e l'efficienza del sistema dei pagamenti; 2) l'accesso dei prestatori di servizi di pagamento ai sistemi di scambio, di compensazione e di regolamento nonché alle infrastrutture strumentali tecnologiche o di rete; 3) il funzionamento, le caratteristiche e le modalità di prestazione dei servizi offerti; 4) gli assetti organizzativi e di controllo relativi alle attività svolte nel sistema dei pagamenti» (art. 146, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385).

⁴⁵ E. CASSETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 270. Sul tema, v., *ex multis*, L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, *passim*.

⁴⁶ R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 202. Cfr. M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, cit., 267, ove si è affermato che: «la regolazione si configura come disciplina non solo in divenire, ma addirittura da costruire, che procede più per assestamenti successivi che non secondo un disegno compiutamente prestabilito».

un'inevitabile vaghezza), sottraendoli di fatto alla sfera di influenza politica.

Non è un caso, peraltro, che nel contesto storico-istituzionale (e scientifico) prodromico all'emersione del fenomeno delle Autorità indipendenti, le esigenze della funzionalità e dell'efficienza dell'amministrazione sembrassero prevalere rispetto alle esigenze espresse dalla legalità-garanzia, tanto che vennero elaborate dalla dottrina nuove categorie concettuali (si pensi, per fare qualche esempio, alla c.d. «legalità-indirizzo»⁴⁷, o alla c.d. «amministrazione di risultato»⁴⁸), nonché riscoperti e (ri)valorizzati i «concetti giuridici indeterminati», i quali meglio si sarebbero adattati ai crescenti bisogni della vita quotidiana e alle loro complesse e articolate soluzioni⁴⁹.

⁴⁷ C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, *passim*; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, 61 ss.; M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, 256.

⁴⁸ Intendendosi con tale termine una «(...) amministrazione caratterizzata dall'ansia del provvedere e qualificata dal solo fatto di provvedere, quasi a prescindere dalla bontà, dalla qualità e, soprattutto, dalla legittimità dei suoi atti e comportamenti»: R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., 148. Sulla nozione di amministrazione di risultato si v., *ex multis*, M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003, *passim*; M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., *passim*; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, Napoli, 2001, 813 ss.; L. IANNOTTA, *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza del diritto amministrativo tra essere e divenire*, in *Dir. amm.*, 1996, 579 ss. Secondo A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 11-12, la fortuna dell'"Amministrazione di risultato" deriverebbe dalla crisi che ha investito il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico e il corollario della semplice deducibilità logica della norma particolare e concreta da quella generale e astratta. Si afferma, in linea generale, che il passaggio dalla norma astratta alla norma concreta non avviene più attraverso un procedimento logico-deduttivo, ma esige una valutazione ulteriore che tenga conto delle specificità del caso concreto. Pertanto, appare ragionevole concludere che l'interpretazione delle norme debba essere effettuata mediante il ricorso ad una prospettiva di "risultato". Mentre in passato il "risultato" al quale l'amministrazione doveva tendere era necessariamente la conformità del provvedimento alla legge, più di recente, al valore della legalità è stato tendenzialmente sostituito il valore dell'efficienza.

⁴⁹ S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 93, secondo il quale l'indeterminatezza della norma costituisce una "elementare" esigenza di buona amministrazione, poiché consente all'autorità decidente una più ampia agilità di manovra nel plasmare di volta in volta le soluzioni più adeguate e nel coordinarle fra loro in

In ragione di siffatta tendenza, il raggiungimento del risultato individuato dalla norma attributiva del potere diviene il metro principale per saggiare la legittimità dell'azione amministrativa⁵⁰, a prescindere dalla sua stretta conformità al dato legislativo e senza considerare gli elevati margini di incertezza e aleatorietà che un criterio di valutazione di tal fatta comporta⁵¹. Una concezione che mette al centro il risultato dedica inevitabilmente minore attenzione alla natura e alla tipologia dei mezzi giuridici messi a disposizione dell'organo investito del potere per l'espletamento del compito istituzionale affidatogli. Di conseguenza, si attenua la protezione delle situazioni giuridiche soggettive incise dalla funzione⁵², almeno sotto il profilo della prevedibilità dell'azione amministrativa e di una rigorosa sindacabilità – se non attraverso il vizio di eccesso potere – degli atti amministrativi in concreto adottati.

Si è osservato che tra principio di legalità e “risultato amministrativo” può esservi, a seconda delle diverse opzioni teoriche adottate, una relazione di contraddizione e di arretramento (del principio di legalità) o una relazione di contenenza e di inclusione (del “risultato amministrativo” nel principio di legalità)⁵³. In ogni caso, una lettura teleologi-

modo da evitare scompensi e conflitti. L'indeterminatezza della norma attributiva del potere determina, pertanto, lo spostamento della tutela degli interessi individuati dalla norma stessa al procedimento amministrativo, diventato ormai il centro di acquisizione, ponderazione e composizione dei fatti, interessi e circostanze, rilevanti nella fattispecie reale.

⁵⁰ M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., 273. Il diritto positivo conferma in numerosi casi questo trend: si pensi, ad esempio, in materia di pubblico impiego, alla valutazione della performance e ai controlli sulla gestione.

⁵¹ M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 19: in questo specifico contesto, l'amministrazione individua spesso come parametro di riferimento della propria azione non più il dato legale, ma specifiche forme di razionalità (economicità, efficienza, efficacia etc...) legate alla scienza economica.

⁵² Cfr. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, 421, il quale rileva che, in questo modo, è la sola “funzione” a rappresentare «il vero parametro alla stregua del quale valutare la condotta concreta dell'organo e che, proprio per questo, possiede una quasi innata forza distruttiva rispetto alle posizioni giuridiche che ad essa si contrappongono e destinate, perciò, nel contrasto a soccombere».

⁵³ Così S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003, 41-50. Chi sostiene che tra principio di legalità e risultato vi sia una relazione di contraddizione concepisce le norme legislative come un ostacolo alla celerità e alla efficienza dell'azione amministrativa. In altri termini, il raggiungimento “ad ogni

camente orientata dell'azione delle Autorità non potrebbe essere preclusa, in ragione della diretta applicazione all'attività amministrativa dei criteri di efficacia, economicità e efficienza, che sono espressione del principio costituzionale del buon andamento (art. 97, Cost. e art. 1, comma 1, l. n. 241/1990)⁵⁴.

Come già sopra ricordato, le esigenze di funzionalità ed efficienza dell'azione amministrativa dominano nei settori in cui operano le Autorità indipendenti, talora titolari di poteri normativi "in bianco" e,

costo" del risultato può legittimamente sacrificare il rispetto del principio di legalità. A un tale assunto possono essere opposte due diverse considerazioni: la prima è che il raggiungimento del risultato da parte dell'amministrazione non può esimersi dal rispetto della legge, anche nel caso in cui quest'ultima risulti eccessivamente caotica o farraginoso. L'esistenza di una disposizione legislativa mal formulata non giustifica la sua disapplicazione o elusione. In secondo luogo, nella legge vi è la garanzia dell'uguaglianza e della sovranità popolare e la certezza che ogni pubblico potere tragga il proprio fondamento dalla stessa volontà del popolo e non sia, quindi, frutto di una propria autoinvestitura. In conclusione, il conflitto tra principio di legalità e "risultato amministrativo" si verifica solo occasionalmente e non è assolutamente dovuto ad un rapporto di contraddizione ontologico tra i due termini. Anche le considerazioni di coloro che ritengono che il "risultato amministrativo" debba essere compreso nell'ambito della previsione normativa di riferimento (con conseguente possibilità di un sindacato giurisdizionale sul suo raggiungimento) sono prive di fondamento. Questa impostazione snaturerebbe l'originalità del "risultato amministrativo", che, per definizione, richiede che l'azione amministrativa sia efficace, efficiente e celere: «assoggettare il "risultato amministrativo" al principio di legalità, imponendo con leggi – che non potranno che essere precise e puntuali e, quindi, prive della generalità e dell'astrattezza loro tipiche – che si consegua un determinato "risultato amministrativo", scardina la distinzione fra legittimità e merito. Né questo assicura il conseguimento di un "buon risultato amministrativo"».

⁵⁴ In ordine a tale principio, cfr., da ultimo, R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza*, Ravenna, 2016, *passim*. Vi sono, tuttavia, numerosi casi in cui il conflitto tra esigenze di funzionalità ed esigenze di garanzia viene risolto a favore delle seconde. Si pensi, ad esempio, alla portata del principio dello sviluppo sostenibile (art. 3-*quater* del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) sull'attività amministrativa e, di riflesso, sulle libertà dei privati. Secondo una parte della dottrina, il principio dello sviluppo sostenibile non potrebbe, in assenza di una specifica previsione di legge, elevarsi a fonte attributiva di doveri in capo ai soggetti privati, ma dovrebbe valere a "integrare" la disciplina normativa esistente con riferimento a fattispecie specifiche: così F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010, 285-286: «(...) lo sviluppo sostenibile per i privati può unicamente condensarsi in regole specifiche e concrete fissate in base alla legge, laddove per l'amministrazione esso si confina come un vero principio».

più in generale, di una pressoché illimitata riserva di competenza in ordine ai singoli settori “presidiati”⁵⁵.

In questo senso, l'attività posta in essere dalle *authorities* presenta significative criticità per il pieno svolgimento delle libertà economiche sui mercati nei quali esse intervengono e per la democraticità dei processi decisionali che le medesime elaborano e attuano: si tratta, dunque, di problemi che nascono proprio alla luce del principio di legalità, posto dall'ordinamento fondamentalmente a protezione delle libertà.

In considerazione della grave intensità dei “movimenti tellurici” ai quali è sottoposto questo principio irrinunciabile del nostro sistema nei settori presidiati dalle *authorities*, emergono numerosi problemi, che è compito del giurista, e in particolare dello studioso del diritto amministrativo, risolvere con i principi e gli strumenti offerti dall'ordinamento.

2. Il piano dell'indagine e la premessa metodologica: il “paradigma” del principio di legalità quale filtro di valutazione della tenuta dell'ordinamento, tra destrutturazione e lettura sistemica (rinvio)

Nell'impossibilità di analizzare compiutamente i numerosi problemi che il sottosistema delle *authorities* pone alla legalità amministrativa, con il presente contributo s'intende operare una precisa scelta di campo tesa a delimitare l'indagine a quelli che si ritengono i più evidenti cedimenti del principio di legalità nei settori in cui operano le Autorità indipendenti.

Anche sulla scorta dell'elaborazione dottrinale sul punto, le maggiori preoccupazioni sono, anzitutto, da ravvisare, sul piano oggettivo e funzionale, nell'ambito della regolazione e nel frequente utilizzo da parte delle *authorities* dei c.d. “poteri impliciti”⁵⁶. Sotto questo specifico profilo, i temi della regolazione e dei poteri impliciti risultano, infatti, strettamente connessi (se non, in taluni casi, perfino sovrapposti), considerato che – come si avrà modo di appurare nel prosieguo

⁵⁵ Per qualche esempio eloquente in proposito, v. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., 78-79.

⁵⁶ E. BRUTI LIBERATI, *Servizi di interesse economico generale e regolatori indipendenti*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, 81. In ordine all'origine, alla natura e allo sviluppo dei poteri impliciti si tornerà più diffusamente nei prossimi paragrafi.

dell'analisi⁵⁷ – una parte rilevante dei poteri impliciti origina proprio dall'affidamento a talune *authorities* di una generale e indeterminata potestà regolatoria.

Sotto un profilo più propriamente soggettivo, il presente lavoro di ricerca avrà poi a oggetto uno specifico attore indipendente (l'Autorità nazionale anticorruzione) che, per le proprie caratteristiche strutturali e funzionali, si distingue dalle altre Autorità di regolazione e, per questo motivo, ha sollevato un acceso dibattito in dottrina, non solo in merito all'amplessima ed eterogenea gamma di poteri di cui esso è titolare, ma financo in ordine al suo fondamento come Autorità indipendente⁵⁸.

La regolazione, intesa quale cedimento della legalità, invero, non sarà trattata solamente dal punto di vista oggettivo, ma verrà anche esaminata nell'ambito dell'accennato cedimento soggettivo. Più precisamente, l'esame del tema in questione sarà ulteriormente trsguardato alla luce della recente (e innovativa) potestà di regolazione flessibile che l'Autorità nazionale anticorruzione esercita nel "mercato" dei contratti pubblici soprattutto attraverso lo strumento atipico delle linee guida⁵⁹.

Come già evidenziato, i problemi appena menzionati sono considerati soprattutto nell'ottica del principio di legalità.

Non sarebbe altrettanto produttiva, a parere di chi scrive, l'analisi di tali problemi alla luce di altri principi o interessi come l'efficienza, la sostenibilità, l'imparzialità, e così via, in quanto si ritiene che il ricorso a questi altri principi o interessi (a tacere dell'abnorme dilatazione dell'oggetto della presente ricerca che s'imporrebbe) non consenta di verificare, con la stessa completezza ed efficacia invece espressa dal principio di legalità, la tenuta dell'ordinamento rispetto al verificarsi delle problematiche succitate. A tal proposito, non appare peregrino l'accostamento di tale prospettiva di indagine all'idea del «programma di ricerca progressivo» di Lakatos, che prevale su quello «degenerativo» in quanto consente di meglio spiegare nuovi fatti e di mettere in luce più questioni problematiche. In particolare, esso dà luogo a un'«euristica negativa» (quali vie di ricerca evitare) e a

⁵⁷ V., in part., cap. III.

⁵⁸ Il legislatore parrebbe comunque includere l'Autorità nazionale anticorruzione nel novero delle Autorità indipendenti, laddove ha previsto che tale Autorità fosse anch'essa destinataria delle misure di razionalizzazione «delle autorità indipendenti», stabilite dall'art. 22, comma 1, d.l. n. 90/2016, conv. nella l. n. 114/2014.

⁵⁹ V. cap. IV.

un'«euristica positiva» (quali vie seguire): a nostro avviso, la “via di seguire” nel presente percorso di ricerca è, per i motivi sopra esposti, l'analisi dei problemi summenzionati attraverso il filtro del paradigma della legalità⁶⁰.

Così come le criticità poste dalle Autorità indipendenti saranno visualizzate attraverso il filtro della legalità, allo stesso modo le aree di crisi, le attenuazioni e gli adattamenti di tale principio non saranno analizzati in generale, ma saranno specificamente esaminati alla luce del sottosistema delle Autorità indipendenti. In assenza di una siffatta delimitazione dell'oggetto dell'indagine, il tema risulterebbe, infatti, talmente vasto che sarebbe certamente impossibile in questa sede una sua trattazione esaustiva. Anche se nel corso dell'analisi si effettuerà comunque una ricognizione generale sul significato che il principio di legalità ha assunto nel diritto amministrativo⁶¹, esso sarà dunque più specificamente studiato nell'ambito peculiare in cui operano le Autorità indipendenti.

La premessa di ordine metodologico del programma di ricerca che si vuole in questa sede percorrere muove da una lettura “destrutturata” del paradigma della legalità, nella consapevolezza che la portata precettiva di siffatto principio si atteggi diversamente a seconda delle specificità del soggetto investito del potere, nonché del tipo di attività che questi pone in essere nel perseguimento dell'interesse pubblico affidato alla sua cura⁶².

⁶⁰ F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, cit., 60-61; ID., *The Science Of Administrative Law, Juridical Method And Epistemology: The Roles Of Paradigms In The Era Of The Crisis Of Modernity*, in *IJPL*, 1, 2013, 25, il quale richiama, appunto, la tesi di Lakatos espressa in I. LAKATOS, *The methodology of scientific research programmes*, Cambridge, 1978.

⁶¹ Cfr. cap. II.

⁶² Una “lettura” di questo tipo non pare del tutto estranea ad alcune decisioni adottate dal giudice amministrativo, il quale, proprio con riferimento ai poteri (regolatori) delle *authorities*, ha affermato in sede consultiva (Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767) che «(g)li atti di regolazione delle Autorità indipendenti si caratterizzano per il fatto che il principio di legalità assume una valenza diversa rispetto ai normali provvedimenti amministrativi. La legge, infatti, in ragione dell'elevato tecnicismo dell'ambito di intervento, si limita a definire lo scopo da perseguire lasciando un ampio potere (implicito) alle Autorità di sviluppare le modalità di esercizio del potere stesso». Oppure, con riguardo all'inquadramento delle linee guida non vincolanti dell'Anac, si è statuito (Cons. Stato, comm. spec., 13 settembre 2016, n. 1903) come «Il principio di legalità si atteg(i), in questo caso, in modo ancora differente, in quanto il d.lgs. n. 50 del 2016 si è limitato ad autorizzare, con previsione generale,

D'altra parte, come si vedrà *infra*, la scomposizione non solo del significato del principio di legalità attraverso l'individuazione di diverse "matrici", ma anche dell'oggetto in ordine al quale esso si rivolge, sembra avere il pregio di fornire, da un lato, una spiegazione dei cedimenti che il principio di legalità subisce nel sottosistema delle Autorità indipendenti e, dall'altro, di fissare contestualmente una soglia minima di tolleranza al di sotto della quale l'ordinamento non ammette ulteriori attenuazioni o deroghe alla portata – invero già sensibilmente attenuata – di tale principio.

A questo proposito, giova sin da subito evidenziare come gli adattamenti e le attenuazioni che il principio di legalità soffre "a contatto" con l'attività svolta dalle *authorities* trovi un sistematico riscontro in seno alla giurisprudenza, che – come si avrà modo di vedere nel prosieguo⁶³ – tende appunto ad "allentare le maglie" del proprio scrutinio sul rispetto di tale principio.

Anche se si tratta di suggestioni perlopiù di ordine sociologico che non fanno certamente venir meno il (necessario) rigore dell'analisi giuridica, con esse ci si propone di offrire una chiave esplicativa di questo peculiare "controllo" da parte del giudice amministrativo, che parrebbe risultare meno inflessibile di quello generalmente esercitato su altri comparti dell'attività amministrativa. Esso sembra, infatti, risentire dello stretto collegamento che sussiste tra i poteri affidati alle *authorities* e la "fisionomia" delle *authorities* stesse, nel senso che la portata precettiva (più attenuata) del principio di legalità potrebbe essere giustificata dagli effetti dirompenti che un sindacato giurisdizionale più rigoroso altrimenti produrrebbe sull'esistenza stessa dei suddetti soggetti.

l'esercizio di tale potere dell'Autorità, al fine di garantire «la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche» (art. 213). Sempre con riferimento ai poteri dell'Anac (questa volta in tema di inconfirabilità e incompatibilità degli incarichi all'interno delle pubbliche amministrazioni, ai sensi del d.lgs. n. 39/2013), Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 126, ha ritenuto «(fosse) necessario distinguere partitamente i diversi atti impugnati in ciascuno dei giudizi poi riuniti e verificare se, per ciascuno, sussista la norma primaria attributiva ad Anac dello specifico potere esercitato con il singolo atto. La ricostruzione dei rapporti tra Anac e Responsabile per la prevenzione della corruzione all'interno delle singole pubbliche amministrazioni non può che essere condotta con questo metodo, in ragione del principio di legalità, che concerne ogni singolo atto amministrativo e non già, sinteticamente, un'intera azione pubblica».

⁶³ Cfr., in part., cap. III.

In altri termini, siccome il giudizio sull'attività delle Autorità indipendenti involgerebbe necessariamente in un giudizio sulla stessa ragion d'essere di tali attori istituzionali, il giudice amministrativo potrebbe forse essere più portato a giustificare l'allentamento del proprio scrutinio sulla legittimità dell'attività del soggetto per "salvare" il soggetto stesso. A differenza di altri enti pubblici, come quelli a fini generali (si pensi, in tal senso, agli enti territoriali)⁶⁴, l'eventuale restrizione dell'attività, o di taluni segmenti di questa, potrebbe irrimediabilmente pregiudicare la *mission* di certe *authorities*, con conseguenze che si ripercuoterebbero sull'esistenza stessa di queste ultime.

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

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

Inoltre, non si può non notare che quelle stesse funzioni, qualora fossero ritenute incompatibili col principio di legalità – "letto" nel suo significato più rigoroso – non potrebbero agevolmente essere "allocate" in capo ad altri soggetti dell'ordinamento: la qualificata *expertise*

⁶⁴ Ma lo stesso ordine di considerazioni può valere anche per gli enti monofunzionali, quali le università o le camere di commercio.

tecnica garantita dalle Autorità indipendenti, unita ai più snelli processi decisionali, sono caratteristiche difficilmente riscontrabili in seno ad altri soggetti, men che meno al Parlamento. Rimarrebbero, così, insoddisfatte alcune di quelle esigenze poste proprio a fondamento dell'istituzione delle Autorità indipendenti, rispetto alle quali difficilmente il legislatore sarebbe in grado di sopperire.

Basti al riguardo sottolineare come la regolazione di alcuni mercati "sensibili", come quelli finanziari, energetici, o delle comunicazioni elettroniche, sia inevitabilmente tecnica: in questi casi, l'eventuale "mutilazione", ad esempio, del potere para-normativo delle Autorità preposte a tali settori determinerebbe un *vulnus* talmente grave da incidere anche sul momento costitutivo delle *authorities* stesse, le quali sarebbero infatti private di una funzione essenziale per il compimento della *mission* affidatagli dall'ordinamento. Gli esempi di questa tendenza "salvifica" del giudice amministrativo sono numerosi: alcuni di questi saranno specificamente trattati nel cap. III, ove si analizzerà la non infrequente applicazione da parte del giudice amministrativo della teoria dei poteri impliciti, appunto per giustificare una lettura più flessibile del principio di legalità.

Qui giova solo aggiungere, ancora sotto il profilo metodologico, che alla "mossa" della destrutturazione (del principio di legalità) farà seguito un tentativo di lettura sistemica del ruolo e dei compiti delle Autorità (in particolare dell'Anac), condotto nel corso del cap. V: non si tratta di una contraddizione, posto che questo secondo approccio ha quale obiettivo primario quello di offrire una chiave di lettura descrittiva del complesso fenomeno, proprio per meglio comprenderne natura e caratteri. Fermo restando che ci si dovrà interrogare se ciò abbia conseguenze ulteriori sul piano della "tollerabilità" della disciplina delle Autorità⁶⁵, quel fenomeno verrà comunque appunto riletto guardandolo a partire dalle matrici della legalità.

3. Il "cedimento" (oggettivo) della legalità. La teoria dei poteri impliciti

I poteri impliciti rappresentano certamente un significativo cedimento della portata precettiva del principio di legalità per le ragioni che saranno di seguito illustrate.

La teoria dei poteri impliciti è nata e si è sviluppata come strumen-

⁶⁵ Cap. V, par. 12.

to per la risoluzione di conflitti di competenza tra potere legislativo federale e poteri legislativi statali; una questione che tocca, dunque, il problema specifico del riparto delle competenze legislative nell'ambito di una struttura istituzionale di tipo federale, in cui le fonti della produzione legislativa sono molteplici e spesso in conflitto⁶⁶.

Non è un caso che siffatta teoria trovi il suo primario punto di riferimento nell'art. 1, sez. ottava, della Costituzione degli Stati Uniti d'America, che stabilisce che il Congresso possa emanare tutte le leggi che si rendano "necessarie" e "appropriate" per l'implementazione dei propri poteri enumerati nell'ottava sezione, nonché di tutti quelli conferiti espressamente dalla Costituzione allo Stato federale⁶⁷ e ad ogni altro ufficio o dipartimento di sua diretta derivazione (c.d. "*Necessary and Proper Clause*", o "*Implied Powers Clause*")⁶⁸.

La giurisprudenza della Corte suprema nordamericana⁶⁹ ha indivi-

⁶⁶ In argomento, v. A. GIARDINA, *Principio di legalità e poteri impliciti nelle Comunità europee*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 475, il quale, citando G. LUCATELLO, *Stato federale*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 349 ss., ha affermato che «l'applicazione della teoria dei poteri impliciti ha un senso proprio nel contesto del complessivo sistema di equilibri e di controlli caratteristico delle strutture federali. In altri termini, cioè, gli organi che si vedono eventualmente riconosciuti dei poteri impliciti rimangono pur sempre sottoposti al controllo politico e giuridico di altri organi, di modo che l'equilibrio generale rimane adeguatamente garantito».

⁶⁷ Per «*Government of the United States*» non deve intendersi esclusivamente il potere esecutivo incarnato dal Presidente, bensì lo Stato federale nel suo complesso (comprensivo, dunque, anche del potere legislativo costituito dal Congresso e del potere giudiziario rappresentato dalle corti federali).

⁶⁸ Per una ricognizione delle coordinate principali del sistema federale statunitense, v., di recente, M. COMBA, *Gli Stati Uniti d'America*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G. F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2014, 76 ss. V., altresì, J. C. ADAMS, *Il diritto costituzionale americano*, 1965, Firenze, *passim*; P. HAY, R. D., ROTUNDA, *The United States federal system*, Milano, 1982, 27-184; G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Torino, 1998, *passim*; S. M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bologna, 2003, *passim*.

⁶⁹ A partire dalla celebre decisione del 1818 *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S., 1819, 316 ss. V., altresì, *Sabri v. United States*, 541 U.S., 2004, 600 ss.; *United States et al. v. Comstock*, 560 U.S., 2010, 1 ss.; *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 9 Wheat. 1, 6 L. Ed. 23, 1824, 615; *United States v. Darby*, 312 U.S., 1941, 100 ss.; *Wickard v. Filburn*, 317 U.S., 1942, 111 ss.; *Gonzalez v. Raich*, 545 U.S., 2005, 22 ss.; *United States v. Lopez*, 514 U.S., 1995, 549 ss.; *Jay Printz, Sheriff/Coroner, Ravalli County, Montana, v. United States*, 521 U.S., 1996, 898 ss.; *National Federation of Independent Business et al. v. Sebelius, Secretary of Health and Human Services et al.*, cit., 1 ss.

duato nella *Necessary and Proper Clause* un criterio interpretativo di natura funzionale che consente al Congresso di esercitare la propria potestà legislativa anche al di là dei rigidi limiti testuali imposti dalle disposizioni costituzionali attributive del potere legislativo federale⁷⁰: «se lo scopo fosse stato legittimo e costituzionale, allora tutti i mezzi “appropriati” adottati chiaramente al fine di raggiungerlo e che non erano espressamente vietati dalla Costituzione, ma anzi coerenti con il testo e lo spirito della Costituzione, sarebbero stati costituzionalmente legittimi»⁷¹.

⁷⁰ Sul punto, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 45 ss.

⁷¹ Cfr. *McCulloch v. Maryland*, cit., 421. Nel caso in esame, la Corte doveva, in particolare, valutare la legittimità costituzionale di una legge dello Stato del Maryland che aveva assoggettato le banche non statali a un regime fiscale estremamente sfavorevole, impedendone di fatto il regolare funzionamento; l'unica banca non statale che era all'epoca presente nel Maryland era la Seconda Banca degli Stati Uniti, istituita con una legge federale del 1816. Quando la filiale di Baltimora della banca federale si oppose al pagamento delle tasse, lo Stato del Maryland citò in giudizio James McCulloch (allora responsabile della filiale), il quale eccepì l'incostituzionalità della legge statale poiché contrastante con la legge istitutiva della banca federale. Nei primi due gradi di giudizio i giudici confermarono la legittimità della legge del Maryland, sul presupposto che ad essere incostituzionale fosse, in realtà, la legge federale, in quanto il potere di istituire una banca federale non rientrava tra le prerogative che la Costituzione espressamente assegnava al Congresso. La questione fu, dunque, sottoposta al vaglio della Corte suprema, che capovolse il verdetto dichiarando l'incostituzionalità della legge del Maryland, la cui vigenza avrebbe indirettamente ostacolato il regolare esercizio dei poteri dello Stato federale. Nell'opinione resa dal Giudice Marshall, allora presidente della Corte, l'attenzione fu rivolta in modo particolare all'interpretazione della *Necessary and Proper Clause* e ai requisiti che tale clausola richiedeva affinché una legge federale fosse considerata «*necessary and proper*» per l'implementazione dei poteri che la Costituzione espressamente attribuiva alle istituzioni federali. Secondo Marshall non era sostenibile la tesi avallata dallo Stato del Maryland secondo cui una legge sarebbe stata “necessaria” solamente quando “essenziale” («*absolutely necessary*») al raggiungimento del fine individuato dal potere espressamente conferito: una lettura così restrittiva del concetto di “*necessity*” avrebbe privato il Congresso della flessibilità necessaria per conseguire i fini costituzionalmente assegnatigli. Al contrario, veniva preferita una lettura in senso ampio del termine tale da consentire al Congresso la scelta del “mezzo” più adeguato (che non doveva necessariamente coincidere con quello “assolutamente necessario”) alla realizzazione dello scopo individuato espressamente. Se il mezzo impiegato fosse stato appropriato e non vietato dalla Costituzione, la misura della sua “necessità” non avrebbe potuto essere oggetto di un sindacato giurisdizionale, ma sarebbe appartenuta alla discrezionalità del potere legislativo. In conclusione, benché l'istituzione di una banca federale non fosse estrinsecazione di un potere espresso, quest'ultimo nondimeno costituiva, ad avviso della Corte, un mezzo adegua-

Pertanto, i requisiti in presenza dei quali si può considerare legittimo l'utilizzo degli *implied powers* sono: l'assenza di un divieto espresso nella Costituzione al loro utilizzo; la sussistenza di un nesso di strumentalità tra il "mezzo" implicito e il potere espresso, nel senso che l'utilizzo del primo si rivela necessario (nel senso di ragionevolmente adeguato)⁷² per rendere effettivo l'esercizio del secondo (il cui fine, predeterminato dalla norma costituzionale attributiva del potere, costituisce, dunque, il limite di ogni potestà innominata ad esso logicamente strumentale); infine, la "coerenza" dell'*implied power* con i principi costituzionali.

La teoria dei poteri impliciti si è, in seguito, sviluppata anche in altri contesti istituzionali, non necessariamente riconducibili al modello federale nordamericano, ma che sono nondimeno fondati sul principio di attribuzione delle competenze e sulla conseguente necessità di individuare i limiti entro cui esse possono liberamente esplicarsi, allo scopo di evitare indebite interferenze⁷³.

to alla realizzazione degli scopi costituzionalmente assegnati allo Stato federale, primo fra tutti quello di raccogliere e distribuire il risparmio.

⁷² Con il concetto di "*necessity*" non si intende alludere, almeno secondo la giurisprudenza maggioritaria della Corte suprema nordamericana, ad assoluta indispensabilità del potere implicito rispetto a quello esplicito, ma viene preferita una lettura meno restrittiva del termine, tale da consentire al Congresso la scelta del "mezzo" più adeguato alla realizzazione dello scopo individuato espressamente.

⁷³ Nell'ambito del diritto internazionale, v., *ex multis*, K. SKUBISZEWSKI, *Implied powers of International Organizations*, in *International Law at a time of Perplexity, Essays in Honour of S. Rosenne*, Dordrecht-Boston-Londra, 1989, *passim*; R. CALVANO, *I poteri impliciti comunitari. L'art. 308 TCE come base giuridica per l'espansione dell'azione comunitaria*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006, 100-101; J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, 2013, 141. Per riferimenti, anche giurisprudenziali, all'ordinamento tedesco, nonché all'esperienza regionale italiana, v., da ultimo, G. COSMELLI, *Oltre i confini della materia: la potestà legislativa residuale delle regioni tra poteri impliciti e sussidiarietà*, Milano, 2005, in part., 32 ss. e 118 ss..

Un fulgido esempio di questa tendenza si riscontra nell'ordinamento dell'U.e. ove, già a partire dalla creazione delle originarie Comunità, la portata restrittiva del principio di attribuzione delle competenze⁷⁴ è stata proprio mitigata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di poteri impliciti⁷⁵.

Sin dalle prime interpretazioni delle disposizioni contenute nei trattati europei, si è, in effetti, formato un orientamento giurisprudenziale⁷⁶ – poi consolidatosi – che, facendo leva sulla teoria dei poteri

⁷⁴ Già il Trattato istitutivo della Comunità economica europea del 1957, all'art. 4, par. 1 stabiliva che «ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dal presente trattato». La Comunità (oggi Unione) non è, infatti, titolare di competenze generali, ma solamente di quelle che le sono espressamente attribuite dagli Stati membri. Nei trattati europei attualmente vigenti viene esplicitato a più riprese il principio di attribuzione: v. art. 5, par. 1, TUE («La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione») e art. 7, TFUE («L'Unione assicura la coerenza tra le sue varie politiche e azioni, tenendo conto dell'insieme dei suoi obiettivi e conformandosi al principio di attribuzione delle competenze»). V., altresì, art. 51, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel quale si stabilisce che «(l)a presente Carta non estende l'ambito di applicazione di diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati» (sul punto, v. K. STERN, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Riflessioni sulla forza vincolante e l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali codificati nella carta*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 6, 2014, 1235 ss., il quale evidenzia come tale disposizione limiterebbe, a suo avviso, l'ambito di operatività dell'art. 352, TFUE). Era, comunque, pacifico che, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il principio di attribuzione, ancorché non esplicitato nei trattati, fosse sempre stato considerato applicabile. In argomento, v., da ultimo, J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, cit., 125-126.

⁷⁵ In dottrina non sono mancati specifici contributi sia sulla teoria dei poteri impliciti, che sulla clausola di flessibilità: v., *ex multis*, A. GIARDINA, *Principio di legalità e poteri impliciti nelle Comunità europee*, cit., 463 ss. Sul rapporto tra poteri impliciti e principio di sussidiarietà, v. L. VANDELLI, *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell'art. 3 B del Trattato sull'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1993, 379 ss.; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 49-68; R. CALVANO, *I poteri impliciti comunitari. L'art. 308 TCE come base giuridica per l'espansione dell'azione comunitaria*, cit., 91 ss. Nella manualistica più recente, v. U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2009, 54-57; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, 99-107; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2016, 25-36; D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law. Cases and materials*, Cambridge, 2010, 211-222; J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, cit., 138-144.

⁷⁶ Un certo parallelismo tra la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte suprema degli Stati Uniti d'America in tema di poteri impliciti è

impliciti e valorizzando il rilievo “funzionale” delle competenze attribuite all’allora Comunità (soprattutto attraverso il ricorso al principio dell’effetto utile⁷⁷), ha confermato la legittimità di una serie cospicua di interventi ad opera delle istituzioni europee, ancorché questi non fossero “coperti” da una espressa base giuridica⁷⁸.

Il conseguimento degli obiettivi dei Trattati (e, quindi, l’esigenza di un’interpretazione teleologicamente orientata delle disposizioni eu-

stato rilevato da P. CARROZZA, *I rapporti centro-periferia: federalismi, regionalismi e autonomia*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G. F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2014, 937 ss.

⁷⁷ Tale principio è stato determinante nella valorizzazione e nell’implementazione di un’interpretazione teleologica dei trattati. Ciò ha implicato, anche per ragioni di carattere politico tendenzialmente riconducibili al processo di integrazione europea, il parziale sacrificio delle esigenze di garanzia e legalità sottese a un sistema a competenze enumerate come quello dell’Unione europea.

⁷⁸ V. Corte giust., 29 novembre 1956, C-8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique c. Alta Autorità della Comunità Europea del Carbone e dell’Acciaio*, in *Racc.*, 1955, 285 ss., in cui la Corte di giustizia, in riferimento al peculiare sistema giuridico istituito con la CECA, aveva, per la prima volta, applicato la teoria dei poteri impliciti per legittimare un intervento regolatorio dell’allora Alta Autorità che non era espressamente contemplato dal trattato istitutivo. Cfr., altresì, Corte giust. CEE, 31 marzo 1971, C-22/70, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, 1971, 273 ss., avente a oggetto l’esistenza o meno di un potere in capo alla Commissione di concludere accordi internazionali con Stati terzi; Corte giust. CE, 9 luglio 1987, C-281, C-283, 285, 285 e 287/85, *Germania e al. c. Commissione*, in *Racc.*, 3245 ss., in tema di politiche migratorie nei confronti degli Stati terzi. La Corte di giustizia dell’U.e. ha talora posto dei limiti all’utilizzo, forse troppe volte disinvolto, della teoria dei poteri impliciti: v., ad esempio, Corte giust. CE, 5 ottobre 2000, C-376/98, *Germania c. Parlamento europeo e Consiglio*, in *Racc.*, 2000, I-8419 ss., che ha cassato la direttiva n. 98/43/CE (riguardante il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco), in quanto adottata in difetto di un appropriato fondamento giuridico; oppure, Corte giust. CE, 30 maggio 2006, C-317/04, C-318/04, *Parlamento europeo c. Consiglio e Commissione*, in *Racc.*, 2006, I-4721 ss., ove si è escluso che l’accordo tra l’allora Comunità europea e gli Stati Uniti d’America sul trattamento e trasferimento dei dati personali dei passeggeri europei alle autorità statunitensi potesse essere funzionale a un più corretto funzionamento del mercato interno, dal momento che lo stesso era, pur non dichiaratamente, finalizzato alla salvaguardia della pubblica sicurezza, materia di esclusiva competenza statale; Trib. I gr. CE, Sez. I, 17 settembre 2007, T-240/04, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, 2007, II-4035 ss., in cui si è affermato testualmente che «l’esistenza di un potere regolamentare implicito, che costituisce una deroga al principio di attribuzione (...), dev’essere valutata restrittivamente»; in tema di politica monetaria, v. Corte giust. UE, 27 novembre 2012, C-370/12, *Pringle*, in *Racc.*, 2012, 1 ss. e Corte giust. UE, 16 giugno 2015, C-62/14, *Gauweiler*, in *Riv. dir. internaz.*, 2015, 992 ss.

ropee), infatti, è apparso prioritario rispetto alle esigenze garantistiche della legalità e di un controllo rigoroso sulla ragionevolezza del nesso di strumentalità dei poteri impliciti rispetto a quelli espressamente attribuiti dagli Stati membri all'Unione. Un orientamento, quello in esame, non smentito dai previgenti trattati, né dal vigente art. 5, par. 2, del TUE, il quale, riferendosi genericamente alle «competenze che (...) sono attribuite (all'Unione)» non esclude, almeno espressamente, la possibilità che il loro conferimento avvenga anche in via implicita⁷⁹.

La teoria dei poteri impliciti ha, dunque, costituito – almeno nell'esperienza nordamericana e in quella europea – un utile e flessibile mezzo interpretativo teso ad attenuare, in un'ottica funzionalistica, le rigidità dei sistemi di riparto delle competenze di carattere essenzialmente normativo. Non a caso, parte della dottrina ha talvolta utilizzato il termine «competenze», in luogo di «poteri», per inquadrare la tematica in analisi nel (solo) problema concernente il riparto di competenze fra centri di autorità costituiti⁸⁰, quasi sempre dotati – seppure talvolta solo indirettamente – di una specifica legittimazione democratica.

4. *Poteri impliciti e attività amministrativa "tradizionale"*

La teoria dei poteri impliciti non ha, però, solo riguardato la questione dianzi indicata, "contaminando" più specificamente anche il nostro sistema amministrativistico, laddove questo presentasse dei di-

⁷⁹ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., 100; J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, cit., 143.

⁸⁰ J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, cit., 141 ss.; v., altresì, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 78 ss., il quale però sottolinea che la diversità terminologica utilizzata descrive, in realtà, il medesimo fenomeno: «(...) infatti, è possibile individuare una fortissima analogia (se non addirittura una perfetta identità) fra il *vulnus* che può arrecare alla "sovranità" degli Stati membri un allargamento del potere federale al di fuori delle competenze enumerate nell'atto costitutivo e quello che può inferire alla libertà ed alla autonomia dei cittadini l'agire autoritativo dell'Amministrazione al di fuori di un'esplicita autorizzazione legislativa. In entrambi i casi, in definitiva, il fenomeno che è dato riscontrare è sempre lo stesso: quello di una sottrazione di potere decisionale al soggetto che ne era l'originario titolare a favore del centro di potere che se ne arroga l'esercizio, travalicando le previsioni di allocazione delle rispettive sfere di competenza quali consacrate nell'atto normativo (a seconda dei casi, la Costituzione, il Trattato, la legge) distributivo delle attribuzioni».