Invero, oltre che alle diverse elaborazioni dottrinali, ciò che ha contribuito in misura rilevante – sebbene non sempre lineare – a tracciare i confini dei poteri di regolazione è stata la giurisprudenza, dalla cui analisi non può, pertanto, prescindersi in questa sede[134]; e ciò, a maggior ragione, se tra gli scopi della ricerca vi sia quello di fornire un tentativo di "sistematizzazione" teorica della complessa e multiforme tematica dei poteri impliciti e del suo rapporto col principio di legalità. Il cap. III sarà, dunque, dedicato all'esame di alcuni tra i casi più significativi in cui le *authorities* hanno fatto concreto uso di poteri amministrativi di natura normativa o strettamente provvedimentale non puntualmente attribuiti da una disposizione normativa di rango primario.

L'indagine sarà, pertanto, circoscritta alle fattispecie che sono apparse maggiormente rilevanti sia in termini di contenzioso, sia di attenzione da parte della dottrina amministrativistica. Naturalmente la casistica che sarà illustrata non esaurisce il novero delle fattispecie nell'ambito delle quali il problema dei poteri impliciti si è presentato.

7. *Il cedimento (soggettivo) della legalità. L'Autorità nazionale anticorruzione*

L'altro cedimento della legalità amministrativa che sarà in questa sede esaminato non attiene ai profili (oggettivi) dell'attività di alcune *authorities* ma riguarda un particolare soggetto dell'ordinamento che, ancorché comunemente annoverato tra queste ultime, presenta delle peculiarità, strutturali e funzionali, tali da rendere il rapporto col principio di legalità ancora più problematico di come esso normalmente si

decisione adottata, avendo spesse volte un impatto rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori, sia il quanto più trasparente e ponderata possibile: così R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo,* cit., 204. Il modello che pare essersi più di frequente affermato è quello della cd. "consultazione pubblica" che prevede il coinvolgimento dei soggetti interessati nella "costruzione" del provvedimento normativo finale (c.d. "procedura di *notice and comment*"). Sul punto, v. F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti,* cit., 129 ss.

[134] Per lo stesso ordine di considerazioni, v. M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale,* cit., 267: «il giudice amministrativo è (…) intervenuto massicciamente a tracciare lo statuto dei poteri regolatori; è ad esso che si deve la sistematica (per quanto empirica) di tali poteri: la loro classificazione, la precisazione del loro ambito, dei loro limiti e il loro inserimento nel contesto giuridico ed economico della liberalizzazione».

presenta con riguardo alla generalità delle Autorità indipendenti. Ci si vuole, in particolare, riferire all'Autorità nazionale anticorruzione, rispetto alla quale parte della dottrina si è già, invero, espressa in ordine alla sua «atipicità»[135].

L'Anac è una novità relativamente recente nel nostro panorama istituzionale[136].

La sua istituzione e l'attribuzione di rilevanti poteri a opera del legislatore ha fatto discutere la dottrina[137], anche in considerazione del contesto emergenziale in cui essa si è affermata e delle particolari caratteristiche dei settori di intervento, tra cui spicca quello dei contratti pubblici. In tale specifico ambito, l'Anac, tra i numerosi poteri di cui è titolare, detiene in particolare la potestà di adottare atti di regolazione flessibile, che si realizza soprattutto attraverso l'emanazione delle c.d.

[135] Cfr. N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit.; In termini analoghi, F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2017, 750.

[136] Per un'analisi di alcuni profili strutturali e funzionali dell'Anac dal punto di vista dell'Autorità, v. R. CANTONE, F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015, *passim*; R. CANTONE, *La prevenzione della corruzione e il ruolo dell'ANAC*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, 2016, 25 ss.; R. CANTONE, C. BOVA, *L'Anac alle prese con la vigilanza sui contratti pubblici: un ponte verso il nuove codice degli appalti?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 166 ss.; I. A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, *passim*. V., altresì, in dottrina, N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit.; ID, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 6, 2016; M. T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale,* cit., 220 ss.; F. DI CRISTINA, *L'Autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia,* in *Dir. econ.,* 2, 2016, 497 ss.; R. ROLLI, D. SAMMARRO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: l'Anac e l'Uomo di Vitruvio,* in *giustamm.it,* 4, 2016; F. DI LASCIO, B. NERI, *I poteri di vigilanza dell'Autorità Nazionale anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 454 ss.; G. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema,* in *Dir. amm.,* 2-3, 2015, 345 ss.

[137] In ordine ai vari passaggi che hanno portato all'istituzione dell'Anac e all'evoluzione dei suoi poteri, cfr. R. CANTONE, F. MERLONI, *Presentazione,* in R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015, 1 ss.; E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 757 ss.; ID, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 499 ss.; G. PIZZANELLI, *Il ruolo dell'Anac nel nuovo codice dei contratti pubblici: verso la compiutezza di un modello?,* in A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato,* Torino, 2017, 110 ss.

"linee guida", le quali in larga parte sostituiscono la previgente disciplina regolamentare adottata dal Governo in attuazione del d.lgs. n. 163/2006[138].

Con una vera e propria "fuga" dal regolamento governativo di attuazione (e dalle sue prescritte modalità di adozione), l'elaborazione della nuova disciplina attuativa è stata così diffusamente esternalizzata all'Anac, con l'attribuzione di un esteso potere sostanzialmente normativo a un soggetto dell'ordinamento sfornito di legittimazione democratica in una materia che sino ad allora non era mai stata sottratta all'indirizzo politico-amministrativo del Governo.

Rinviando al prosieguo dell'analisi la trattazione dei singoli poteri affidati dalla legge all'Anac[139], appare dunque giustificata – come già anche ampiamente testimoniato dai numerosi contributi dottrinali sinora offerti – l'attenzione particolare che s'intende in questa sede riservare a siffatto soggetto dell'ordinamento, anche e soprattutto in ragione dello scopo del presente lavoro di ricerca, che è appunto quello di esaminare i più gravi e problematici cedimenti della legalità nel sottosistema delle Autorità indipendenti.

8. *Un attore al contempo "solitario" e "dialogante"?*

Il requisito dell'indipendenza, tipico di ogni *authority*, risulta più marcato in capo all'Anac, non tanto sotto il profilo strutturale[140], quanto piuttosto rispetto a quello funzionale.

[138] Il d.lgs. n. 50/2016 ha sostituito e abrogato le disposizioni di cui al d.lgs. n. 163/2006, nonché quelle di cui al d.P.R. n. 207/2010 (cfr. art. 1, comma 4, l. n. 11/2016). Al fine di evitare incertezze interpretative e applicative nel passaggio dalla previgente disciplina alla nuova, il d.lgs. n. 50/2016 ha previsto talune disposizioni di coordinamento, transitorie e finali.

[139] In part., v. cap. III, par. 5 e cap IV.

[140] Ai sensi dell'art. 13, comma 3, del d.lgs. n. 150/2009, il presidente e i quattro componenti dell'Anac sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, nonché previo parere favorevole delle Commissioni parlamentari competenti espresso a maggioranza dei due terzi dei componenti. Il presidente è nominato su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, di concerto con il Ministro della giustizia e il Ministro dell'interno; i componenti sono nominati su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione. La previsione in esame sembra ricalcare, in parte, il procedimento di nomina previsto, in via generale, dall'art. 2, comma 7, della l. n. 481/1995 per le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità.

Nel corso del "censimento" dei poteri conferiti all'Anac, si potrà appurare, infatti, che ne esistono alcuni che sono di esclusiva spettanza del presidente, che diviene, così, «organo nell'organo»[141] e attributario di specifiche e autonome funzioni che, proprio per l'assenza di collegialità nel loro esercizio, potrebbero rafforzarne il carattere di indipendenza. Per il concreto esercizio di taluni di questi poteri "speciali" – quelli, ad esempio, concernenti l'«alta sorveglianza» nel "mercato" dei contratti pubblici – il presidente si avvale, peraltro, del supporto di un'apposita Unità operativa speciale incardinata presso l'Autorità e composta prevalentemente da personale proveniente dal corpo della Guardia di Finanza.

Molte decisioni dell'Anac sono adottate in collaborazione col Governo o, comunque, con soggetti riconducibili all'indirizzo politico-governativo. Il riconoscimento in capo all'Autorità della capacità di "dialogare" alla pari con la politica potrebbe, anche in questo caso, rafforzarne l'indipendenza, se non determinare un'inusuale "cattura" della politica da parte dell'*authority*.

Per esempio, il Piano nazionale anticorruzione è adottato dall'Anac «sentiti» un comitato interministeriale e la Conferenza unificata[142]. L'Autorità esprime «pareri obbligatori» su atti ministeriali in materia di conformità delle condotte dei funzionari pubblici alla legge, ai codici di comportamento e ai contratti, collettivi e individuali, regolanti il rapporto di lavoro pubblico[143], nonché su quelli concernenti l'interpretazione e l'applicazione del d.lgs. n. 39/2013 in tema di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi all'interno delle pubbliche amministrazioni[144]. Essa riceve, inoltre, le «segnalazioni» del Dipartimento della funzione pubblica per l'eventuale attivazione del proprio potere di sospensione di una procedura di conferimento di un incarico[145].

In materia di trasparenza, l'art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 33/3013 prevede che le informazioni relative ai tempi, ai costi unitari e agli indicatori di realizzazione delle opere pubbliche in corso o completate sono pubblicate sulla base di uno schema tipo redatto dal Ministero dell'economia e delle finanze «d'intesa» con l'Anac.

[141] L'espressione è di E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, cit., 757 ss.

[142] Art. 1, comma 2-*bis*, l. n. 190/2012.

[143] Art. 1, comma 2, lett. d), l. n. 190/2012.

[144] Art. 16, comma 3, d.lgs. n. 39/2013

[145] Art. 16, comma 1, d.lgs. n. 39/2013.

In ordine alla materia dei contratti pubblici (considerata da taluni «di preminente responsabilità governativa»[146]) sono numerosi i casi di intese o accordi comunque denominati che devono essere raggiunti per l'adozione di specifici atti regolamentari[147]. Per la disciplina delle procedure di scelta del contraente e dell'esecuzione dei contratti da svolgersi all'estero, il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale adotta direttive generali, «previo accordo con l'Anac». Esistono, poi, alcune fattispecie di accordi o intese da raggiungere col Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, tra cui quelle per la definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e bandi di gara[148] e per la individuazione delle modalità di subentro del ministero nelle convenzioni stipulate dall'Anac per la gestione dei dati relativi agli operatori economici[149].

L'Anac deve, inoltre, essere «sentita» per l'adozione di ulteriori atti regolamentari: ad esempio, per l'individuazione dei requisiti che devono possedere i prestatori di servizi di ingegneria e architettura[150], nonché di quelli necessari per l'iscrizione all'elenco delle stazioni appaltanti qualificate[151]; per la definizione della tariffa di iscrizione all'albo dei commissari di gara e del compenso massimo riconosciuto a questi ultimi[152]; per la disciplina delle modalità tecniche di svolgimento del collaudo[153]; per la definizione di direttive generali in ordine

[146] N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici,* cit. Secondo F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti,* cit., 764, «non sembrano esserci esigenze di regolazione tali da giustificare la sottrazione di un così vasto ambito materiale alla normazione di dettaglio governativa e, di conseguenza, seppur mediatamente, al circuito della rappresentanza».

[147] In proposito, è stato rilevato (L. TORCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo,* in *Giorn. dir. amm.,* 5, 2016, 606; ID, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici,* in *Riv. regolaz. mercati,* 2, 2016) come il modulo procedimentale in esame rappresenti una «commistione inedita, almeno per l'ordinamento italiano, fra la potestà regolamentare ministeriale e l'attività di un'autorità indipendente». In altri termini, esso «mette insieme, per così dire, la "voce" di un'autorità indipendente e la "voce" di un'autorità politica, senza peraltro indicare le modalità di soluzione di possibili conflitti o differenze, come accade invece, ad esempio, per la determinazione degli standard tecnici per i mercati finanziari nel diritto europeo».

[148] Art. 73, comma 4, d.lgs. n. 50/2016.

[149] Art. 81, comma 2, d.lgs. n. 50/2016.

[150] Art. 24, comma 2, d.lgs. n. 50/2016.

[151] Art. 38, comma 2, d.lgs. n. 50/2016.

[152] Art. 77, comma 10, d.lgs. n. 50/2016.

[153] Art. 102, comma 8, d.lgs. n. 50/2016.

all'affidamento di taluni contratti pubblici da parte del Ministero della difesa[154]; per la composizione e le modalità di funzionamento della Cabina di regia di cui all'art. 212 del d.lgs. n. 50/2016[155].

Molto rilevanti sono, poi, le c.d. linee guida "ministeriali", ovvero quegli atti normativi adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti su proposta dell'Anac e previo parere delle commissioni parlamentari competenti[156]. Trattasi, a ben vedere, di un procedimento di formazione atipico, in quanto si prevede il coinvolgimento di due attori istituzionali (l'Anac e il Parlamento) che sono di norma estranei al procedimento previsto, in via generale, dall'art. 17, l. n. 400/1988, per l'adozione dei regolamenti ministeriali.

Secondo il Consiglio di Stato[157], la previsione di un procedimento di formazione parzialmente diverso da quello generale di cui alla l. n. 400/1988 e improntato a esigenze di flessibilità e speditezza non muterebbe la natura regolamentare dell'atto e, dunque, i caratteri di generalità e astrattezza delle regole (vincolanti) in esso contenute. Appare, tuttavia, significativo che sia un organo privo di legittimazione democratica a predeterminare il contenuto dell'atto regolamentare attraverso la proposta poi "approvata" con decreto dal Ministro.

Non manca chi in dottrina ha, poi, rilevato la possibile sovrapposizione dei poteri dell'Anac con quelli dell'autorità giudiziaria inquirente (quanto ad es. alle informazioni detenute e ai poteri esercitabili) e con le funzioni affidate alla Corte dei conti[158]. Se si guarda, infine, alle esperienze di altri ordinamenti, si può notare che gli organi o i soggetti pubblici deputati alla lotta all'illegalità e alla corruzione sono comunque riconducibili all'amministrazione in senso tradizionale[159].

Al netto delle considerazioni che precedono, va comunque precisa-

[154] Art. 159, comma 4, d.lgs. n. 50/2016.

[155] Art. 212, comma 5, d.lgs. 50/2016.

[156] In ordine all'inquadramento di tali atti nel sistema delle fonti, v. cap. IV, par. 8.1. A titolo esemplificativo, cfr. artt. 83, comma 2, 84, comma 12 e 111, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016.

[157] Cons. Stato, comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2282.

[158] N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit. In riferimento alla possibile sovrapposizione con le funzioni della Corte dei conti, in materia di contratti pubblici, l'art. 213, comma 3, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016 prevede, ad esempio, che l'Anac, tra le altre cose, «vigil(i) affinché sia garantita l'economicità dell'esecuzione dei contratti pubblici e accert(i) che dalla stessa non derivi pregiudizio per il pubblico erario».

[159] Cfr. A. DEL VECCHIO, P. SEVERINO (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e internazionale*, Padova, 2014, *passim.*

to, sotto un profilo non strettamente giuridico, che alcuni degli elementi indicati sopra possono al solito essere letti, da un lato, come fattori che incrementano l'indipendenza (o che addirittura rendono l'Autorità ancora più forte della politica); dall'altro, anche come caratteri che, avvicinando talvolta l'attività concreta dell'Anac alla politica, rischiano di minarne i margini di indipendenza. Si tratta, comunque, di una trama normativa che si presta ad assetti diversi che mutano a seconda della contingenza storica, della forza della politica, nonché di come viene interpretato dall'Autorità il proprio ruolo istituzionale.

9. *Quale neutralità per le autorità?*

Fatte salve le singole specificità, si è già rammentato che un carattere distintivo comune alle Autorità indipendenti viene ravvisato nella tendenziale posizione di indifferenza o neutralità di esse rispetto agli interessi in gioco: ruolo che sarebbe funzionale a mantenere un equilibrio tra valori preordinati e interni al settore di riferimento[160].

Si è, invero, altrettanto evidenziato che le funzioni svolte da tali soggetti non risultino del tutto insensibili agli interessi coinvolti e al perseguimento di precise *policies*[161]. D'altro canto, l'individuazione della natura amministrativa in capo a tali soggetti e lo svolgimento di funzioni non solo giustiziali conferma l'atipicità del modello che non può comunque ascriversi alla sfera della neutralità pura[162].

Se il carattere della neutralità già significativamente sfuma con riguardo ad alcune *authorities*[163], ancora più "diradato" appare nell'Anac, ove il principio di imparzialità pare riacquistare la sua piena portata precettiva[164].

Se si eccettua la funzione "precontenziosa" dell'Autorità in materia

[160] V. *supra* par. 1.

[161] Cfr. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri,* cit., 250; F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico,* Milano, 2010, 661; M. T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale,* cit., 253 ss.

[162] G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti,* cit., 171 ss.

[163] In ordine all'Agcm, v. le considerazioni di M. T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale,* cit., 255 ss.

[164] Secondo F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac,* cit., 397, «L'Anac non è affatto un'amministrazione neutrale».

di contratti pubblici[165] e quella consultiva che si sostanza nell'emissione di pareri non vincolanti[166], per il resto essa non svolge funzioni di natura propriamente arbitrale in posizione di terzietà rispetto agli interessi pubblici e privati in conflitto.

Anzi, l'analisi degli ampi poteri attribuiti all'Anac (non solo nel settore dei contratti pubblici) consente di ritenere che il perseguimento dell'interesse pubblico alla prevenzione e al contrasto all'illegalità e alla corruzione permei l'intera *mission* istituzionale affidata all'Anac, esprimendo «una evidente e potente carica finalistica»[167].

[165] In riferimento a essa non si può, invero, parlare di vera e propria funzione arbitrale, posto che le controversie che l'Anac è chiamata eventualmente a dirimere non riguardano soggetti estranei all'amministrazione: una delle due parti in conflitto è, infatti, sempre l'amministrazione pubblica nelle vesti di stazione appaltante. In linea generale, comunque, «il fatto che le autorità indipendenti svolgono talvolta funzioni neutrali è *ictu oculi* evidente, ma è altrettanto evidente come si tratti di attività affatto tipizzanti la natura giuridica delle funzioni svolte da quelle autorità *tout court* e, certamente, l'esercizio di simili funzioni neutrali non costituisce la motivazione della loro istituzione, né, d'altro canto, può affermarsene sempre la natura amministrativa»: così M. T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale,* cit., 267.

[166] Cfr. Regolamento Anac del 20 luglio 2016 («Regolamento per l'esercizio della funzione consultiva svolta dall'Autorità nazionale anticorruzione ai sensi della Legge 6 novembre 2012, n. 190 e dei relativi decreti attuativi e ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al di fuori dei casi di cui all'art. 211 del decreto stesso»), pubblicato nella Gazz. Uff. n. 192 del 18 agosto 2016.

[167] F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac,* cit., 398. In termini analoghi, cfr. F. FRACCHIA, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa,* in *Dir. econ.,* 3, 2015, 503, il quale avvertiva – già alla luce della disciplina sull'anticorruzione e dei poteri attribuiti all'Anac – come l'attività contrattuale della p.a., più che rispondere all'obiettivo di garantire una corretta competizione sul mercato, sembrasse invece essere concepita dall'ordinamento «soprattutto come una pericolosa occasione di corruzione che bisogna(va) in ogni modo arginare». Da ciò, peraltro, sarebbe derivata, secondo l'A., una «torsione funzionale» del diritto amministrativo, «assumendo, seppur parzialmente, i tratti, le finalità e l'assetto del diritto penale. La stessa fisionomia dell'Anac, al cui vertice c'è un capace Presidente con esperienza di giudice penale, parrebbe riflettere l'idea di un settore del diritto con riferimento al quale l'esigenza essenziale è presidiare la legalità, dando rilievo a un aspetto molto diverso da quello tradizionalmente proprio del giudice amministrativo o dello studioso del diritto amministrativo, abituato a ragionare secondo la logica della miglior cura dell'interesse pubblico»; ID., *I contratti pubblici come strumento di accentramento,* in *Riv. it. Dir. pubbl. comunit.,* 6, 2015, 1551, che, analogamente a quanto sopra, ha evidenziato l'emersione dell'interesse alla repressione della corruzione testimoniato dall'incisività dei poteri attribuiti all'Anac («soggetto che si erge a "signore" di quel valore»). Cfr., altresì, M. CLARICH, *Contratti e pubblici e con-*

Ma tale interesse, pur caratterizzante – anche soggettivamente – la *mission* generale dell'Anac soprattutto per i compiti che le sono stati affidati dalla disciplina anticorruzione e in materia di trasparenza, non è l'unico a essere perseguito: nel settore dei contratti pubblici, ad esempio, emergono ulteriori obiettivi individuabili nelle direttive europee recepite nel nostro ordinamento con la legge delega n. 11/2016 e il d.lgs. n. 50/2016: tutela della concorrenza[168], dell'ambiente, degli interessi sociali, efficienza della spesa, economicità, promozione delle p.m.i., e così via[169]: la «complessità funzionale» della materia[170] impone peraltro una composita sintesi di natura eminentemente politica dell'Anac dei vari interessi pubblici coinvolti[171] – specie nell'emanazione degli atti regolatori dell'Autorità – che esclude radicalmente la configurazione in capo a essa di un ruolo neutrale o arbitrale[172]. La composizione degli interessi in gioco si riverbera, poi, anche sul piano della giurisdizione[173].

correnza, Relazione al 61° Convegno di Studi Amministrativi dal titolo «La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione, Varenna, 17-19 settembre 2015, in *italiadecide.it,* 23, secondo il quale «considerare la disciplina dei contratti pubblici prevalentemente dall'angolo di visuale della lotta alla corruzione rischia di far perdere di vista gli altri obiettivi della disciplina e in particolare quello dell'efficienza».

[168] Su cui v. M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel Codice dei contratti pubblici,* in *Dir. amm.,* 2, 2008, 297 ss.

[169] Non a caso l'art. 213, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, prevede che l'Anac, nell'esercizio dei propri poteri di vigilanza, controllo e regolazione in materia di contratti pubblici, agisca «anche» al fine di prevenire e contrastare illegalità e corruzione.

[170] F. FRACCHIA, L. GILI, *Ordinamento dell'Unione europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della pubblica amministrazione: profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2013, *passim;* F. FRACCHIA, *I contratti pubblici come strumento di accentramento,* cit., 1529 ss.

[171] Tali interessi sono talvolta ordinati secondo un criterio gerarchico, altre volte "coesistono": sul punto, cfr. M. CLARICH, intervento al Convegno dal titolo «La regolazione efficiente dei contratti pubblici», 20 novembre 2017, Roma. In generale, sulla contrattazione pubblica come «strumento di governo degli interessi», v. C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili,* Napoli, 2017, 127 ss.

[172] In proposito, N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici,* cit., afferma come «(u)na così ampia responsabilità di carattere politico scaricata sull'Anac (…) non pare obbedire ad una razionale distinzione dei ruoli e delle competenze nel nostro ordinamento e può essere disfunzionale (…)».

[173] Nella relazione del Presidente del Consiglio di Stato in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 si è eloquentemente avvertito come «(n)el settore dei contratti pubblici il giudice amministrativo de(bba) esprimersi sul

Sulla falsariga dei poteri dell'Autorità *antitrust,* l'Anac è, poi, «autonomo promotore di un giudizio»[174], in quanto è legittimata ad agire dinanzi al giudice amministrativo per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici[175]. Per quanto qui interessa, e a prescindere dalle implicazioni che ne derivano in ordine alla struttura e alle funzioni del processo amministrativo, il potere in esame presuppone la lesione di un interesse qualificato, personale e specifico, che trova soggettivizzazione nell'Autorità e che, di conseguenza, ne esclude la neutralità[176].

10. *Un attore "poco" tecnico?*

Alla posizione di neutralità delle *authorities* rispetto agli interessi in gioco corrisponde di regola l'esercizio di funzioni tecniche.

Come si avrà modo di appurare, la componente tecnica delle funzioni dell'Anac non pare, tuttavia, significativa nel perseguimento della *mission* affidata a tale soggetto[177].

In tema di anticorruzione e trasparenza, sulla tecnicità come carattere esclusivo o primario dei poteri dell'Anac è dato dubitare. In quei comparti l'*authority* sembra, invero, assumere il ruolo di "guardiano" o "estremo garante" – nei limiti fissati dai principi generali – circa l'effettivo rispetto della pertinente disciplina legislativa da parte dei soggetti pubblici chiamati a darne attuazione. I poteri di indirizzo (at-

conflitto che deriva dai due principali indirizzi normativi: quello che vede nella procedimentalizzazione dei meccanismi di scelta un misura volta a prevenire arbitrio o corruttela e quello che assegna, invece, alle procedure concorsuali lo scopo di emulare le dinamiche concorrenziali».

[174] M. A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'Agcm nell'art. 21 bis l. n. 287/1990,* in *federalismi.it,* 6, 2012.

[175] Art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter,* d.lgs. n. 50/2016.

[176] M. T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale,* cit., 257-260: anche se riferite all'Agcm le stesse considerazioni critiche possono essere espresse con riferimento all'Anac.

[177] Dello stesso avviso, in riferimento al potere di regolazione dell'Anac in materia di contratti pubblici, sono C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?,* in *giustamm.it,* 4, 2016 e F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac,* cit., 398-399.

traverso, ad es., l'adozione del piano nazionale anticorruzione), di vigilanza, ispettivi, di ordine e sanzionatori affidati all'Anac sono proprio volti a indirizzare e, eventualmente, anche a condizionare l'azione delle amministrazioni verso gli obiettivi di prevenzione e contrasto alla corruzione incardinati nella legislazione degli ultimi anni.

Una simile tendenza appare evidente anche in ordine alla natura delle misure sulla trasparenza amministrativa, dalle quali emerge – ancora una volta – il ruolo di "custode" dell'Autorità del corretto adempimento della serie consistente di obblighi di pubblicazione di dati e di informazioni posti a carico delle amministrazioni[178].

Oltre a poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori, essa è, inoltre, titolare, in materia di trasparenza, di ulteriori poteri para-normativi (o di *soft-regulation*) di "completamento" della disciplina posta a livello legislativo, alcuni dei quali mossi da dichiarate finalità di semplificazione amministrativa e di supporto operativo nei confronti delle amministrazioni chiamate ad applicare le norme sulla trasparenza: si tratta, in ogni caso, di regole volte, appunto, a supportare le amministrazioni nell'interpretazione e nell'applicazione della disciplina legislativa.

A meno di considerare l'*expertise* giuridico-amministrativa una funzione propriamente "tecnica", non pare potersi intravedere nelle funzioni sopra richiamate una elevata caratura tecnico-specialistica dei poteri dell'Anac. E ciò appare tanto più evidente se si confrontano tali funzioni con i compiti espletati, ad esempio, da altre *authorities*, come quelle che "presidiano" i mercati finanziari, bancari e assicurativi, quelli energetici o delle comunicazioni elettroniche. In quei casi, la tecnicità delle funzioni esercitate appare in tutta la sua plastica evidenza[179].

[178] Si tratta, in particolare, degli: «obblighi di pubblicazione concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni» (artt. 13-28 del d.lgs. n. 33/2013); «obblighi di pubblicazione concernenti l'uso delle risorse pubbliche» (artt. 29-31 del dl.gs. n. 33/2013); «obblighi di pubblicazione concernenti le prestazioni offerte e i servizi erogati» (artt. 32-36 del d.lgs. n. 33/2013); «obblighi di pubblicazione in settori speciali» (artt. 37-42 del d.lgs. n. 33/2013). Circa l'ambito soggettivo di applicazione del d.lgs. n. 33/2013, cfr. le linee guida Anac n. 1134 dell' 8 novembre 2017.

[179] L'elevato grado di tecnicità delle "regole" può essere ben colto, ad esempio, nei mercati finanziari: *ex multis,* S. AMOROSINO, *Le amministrazioni di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune,* in *Banca e borsa*, 1, 1995, 60. Sul tema, v. *amplius* S. BATTINI (a cura di) *La regolazione globale dei mercati finanziari,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* Quaderno n. 3, Milano, 2007, *passim*; M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari,* Milano, 2012, 142 ss.

Il ridotto tasso di tecnicismo nel senso anzidetto vale anche – salvo alcune eccezioni[180] – in materia di contratti pubblici[181].

È noto che in tale settore, l'amministrazione, per le caratteristiche che oggettivamente la riguardano, può condizionare negativamente le dinamiche del mercato e il libero gioco della concorrenza: pertanto, la domanda pubblica di acquisizione di beni e servizi è stata sottoposta a una dettagliata regolamentazione, soprattutto di derivazione europea, con la quale sono state artificialmente create oggettive condizioni di "concorrenzialità".

A differenza di altri settori ove il tecnicismo delle regole costituisce una ineluttabile condizione per il "governo" di essi[182], il consistente

[180] V., ad esempio, Linee guida n. 2 sull'offerta economicamente più vantaggiosa (det. Anac n. 1005 del 21 settembre 2016, pubblicata nella Gazz. Uff. n. 238 dell'11 ottobre 2016), ove, in effetti, con riguardo alla valutazione degli elementi quantitativi e qualitativi dell'offerta, vengono fornite alle stazioni appaltanti criteri di ordine tecnico. Analogamente, i bandi-tipo, i capitolati-tipo e i contratti-tipo sono redatti dall'Anac, tenendo conto anche di criteri di natura tecnica.

[181] Non pare di questo avviso G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?,* cit., 294, almeno con riferimento alle linee guida dell'Anac. *Contra* C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?,* in *giustamm.it,* 2016.

[182] Tant'è che, quando siffatto tecnicismo difetta, il giudice amministrativo non ha mancato di censurare i poteri para-normativi delle Autorità, ancorché espressamente attribuiti dalla legge: ad esempio, con riferimento al potere della Banca d'Italia di escludere in tutto o in parte il diritto al rimborso del socio che, in conseguenza della trasformazione delle banche popolari in società per azioni (prevista come obbligatoria dall'art. 1 del d.l. n. 3/2015, conv. nella l. n. 33/2015), abbia esercitato il diritto al recesso, v. Cons. Stato, sez. VI, ord. 15 dicembre 2016, n. 5277. In particolare, il Consiglio di Stato ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, d.l. n. 3/2015, conv. nella l. n. 33/2015, anche per contrasto con gli artt. 1, 3, 95, 97, 23 e 42 Cost., nella parte in cui ha attribuito alla Banca d'Italia il potere di disciplinare le modalità di tale esclusione «anche in deroga a norme di legge», con conseguente attribuzione all'Istituto di vigilanza di un ampio potere di delegificazione in bianco. Nella fattispecie in esame, secondo il Consiglio di Stato, «(…) il legislatore non si limita ad attribuire alla Banca d'Italia il potere di regolamentare materie tecnicamente complesse e specialistiche che la legge (o le fonti normative "tipiche") non sono in grado di regolare in maniera ottimale o che richiedono, per la particolare natura degli interessi in gioco, il regolatore indipendente. In questo caso, il potere regolamentare incide su materie (il diritto al rimborso della quota in caso di recesso) già regolate dalla legge (dal codice civile in particolare) e, soprattutto, prive di quei connotati di particolare tecnicità o settorialità tali da giustificare l'intervento del regolatore indipendente. In quest'ottica, la previsione di un così ampio potere delegificante (e, quindi, della possibilità di dettare regole che si sostituiscono a quelle previste dal legislatore) risulta in contrasto con le ragioni che normalmente giustificano la previsione di poteri normativi in capo alle Autorità indipendenti».

apparato normativo che presidia il "mercato" dei contratti pubblici è ancora in massima parte di provenienza tradizionale, nel senso che esso non è stato oggetto di un importante processo delegificazione (come, invece, avvenuto nei settori in cui operano le altre *authorities*), se non per quanto concerne, almeno più di recente, gli aspetti attuativi e di contorno della disciplina, affidati per l'appunto a un "regolatore" esterno al circuito democratico-rappresentativo.

Il tecnicismo stride, in ogni caso, con gli obiettivi di semplificazione della normativa sui contratti pubblici di cui l'Anac deve necessariamente farsi portatrice[183].

11. *Un attore "poco"* accountable?

Anche in ordine al tema dell'*accountability* dell'Anac e dei suoi poteri parte della dottrina si è mostrata piuttosto critica, soprattutto in riferimento alle funzioni svolte dall'Autorità nel "mercato" dei contratti pubblici.

Alcuni reputano, invero, che la legittimazione dell'Anac sia da rinvenire direttamente nei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità (art. 97, Cost.) e in quello di eguaglianza (art. 3, Cost.): «(t)utte le competenze e funzioni in materia di incompatibilità e inconferibilità, prevenzione della corruzione, trasparenza e regolazione in materia di contratti pubblici vanno lette, in realtà, come strumentali alla garanzia del macro-interesse, di rilevanza costituzionale, alla legalità della pubblica amministrazione». In ogni caso, alla carenza di legittimazione democratica supplirebbe il procedimento, secondo il noto paradigma della "legalità procedurale"[184].

[183] Sul punto, v. cap. IV, par. 2. In termini analoghi, F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac,* cit., 398-399.

[184] F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità nazionale anticorruzione,* in *federalismi.it,* 25, 2016, 21-23. In termini analoghi, I. A. NICOTRA, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la* soft regulation *nel nuovo codice,* in I. A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria,* Torino, 2016, 37 ss., secondo cui «le radici costituzionali dell'Autorità nazionale anticorruzione vanno rinvenute nell'istanza egalitaria proclamata nell'art. 3, laddove il compito affidato alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano, di fatto, la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, sottolinea l'esigenza di individuare precise strategie precauzionali, al fine di evitare che i fenomeni corruttivi passano pregiudicare i suddetti principi» (38).

Secondo un'altra parte della dottrina[185], l'Anac godrebbe di una legittimazione "para-istituzionale" derivante direttamente dal diritto internazionale (*recte* globale) e, segnatamente, dall'art. 6 della Convenzione di Merida, a mente del quale ogni Stato contraente assicura la presenza di uno o più organi indipendenti incaricati di dare attuazione alle regole anticorruzione stabilite nel trattato internazionale in questione, ivi comprese quelle in materia di «appalti pubblici» (art. 9, par. 1, della Convenzione).

Secondo l'A., la norma internazionale pattizia, anche se scaturita nell'ambito di un processo decisionale in cui i caratteri della rappresentatività e della democraticità sono significativamente attenuati, costituisce nondimeno una valida (e diretta) fonte di legittimazione del potere regolatorio di Anac, anche in materia di contratti pubblici. Il carattere internazionale della fonte si ripercuote, inoltre, sulla tipologia di modello di regolazione adottato dall'Autorità, plasmato secondo canoni e forme di *governance* tipici del diritto amministrativo globale[186].

A tacere della compatibilità costituzionale di una simile impostazione, la tesi non sembra dar conto della "ricchezza funzionale" che, soprattutto in seguito all'entrata in vigore delle direttive europee, ha acquisito la materia dei contratti pubblici. Sebbene, infatti, la lotta alla corruzione sia uno dei caposaldi della nuova disciplina, ad essa si affiancano – come già evidenziato sopra – altri non meno rilevanti interessi pubblici che il legislatore europeo si propone di perseguire[187].

Ad ogni buon conto, l'Anac, a differenza delle altre Autorità di regolazione, non gode, nel settore dei contratti pubblici, di una diretta copertura del diritto dell'U.e., né é coinvolta, come altre *authorities,* nelle reti europee di di cooperazione delle autorità di regolazione nazionali[188].

[185] S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Rivista regolaz. mercati,* 1, 2016.

[186] Per una ricognizione delle principali opere sul tema, v. la bibliografia indicata in B. CAROTTI, L. CASINI, *Diritto amministrativo globale: bibliografia,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* quaderno n. 2, 2006, 301 ss.

[187] D'altra parte, la stessa Autrice (S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, cit.) precisa che l'attività svolta da Anac in materia di contratti pubblici acquisisce una propria legittimazione internazionale dalla Convenzione di Merida, «almeno per quanto concerne i provvedimenti o gli atti regolatori adottati con precipue finalità anticorruttive».

[188] Nello stesso senso, L. TORCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo,* cit., 607; ID, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici,* cit.; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del*

La legittimazione, specie dei poteri di regolazione dell'Anac, è resa problematica dal fatto che tali poteri si rivolgono principalmente nei confronti di soggetti pubblici.

Restando nel settore dei contratti pubblici, la regolazione "flessibile" dell'Anac presenta, infatti, significative peculiarità rispetto alla regolazione indipendente delle altre *authorities.*

Il "mercato" dei contratti pubblici risulta, infatti, strutturalmente differente dai tradizionali mercati regolati (finanziari, energetici, dei trasporti, delle comunicazioni elettroniche)[189].

A differenza di questi ultimi, il "mercato" dei contratti pubblici «è contemporaneamente oggetto e prodotto della regolazione»[190], in quanto esso è artificialmente "creato" dalla legge (e dalla regolazione flessibile dell'Anac) per garantire la realizzazione di una serie di interessi pubblici, tra cui (ma non solo) il libero confronto competitivo tra le imprese per l'aggiudicazione di una commessa pubblica.

L'assunto consente immediatamente di mettere in luce l'ulteriore carattere distintivo della regolazione dei contratti pubblici, la quale si inserisce all'interno di un "mercato" già storicamente e dettagliatamente disciplinato da fonti tradizionali[191]. Diversamente, negli altri mercati regolati, gli interventi para-normativi affidati all'Autorità di settore si muovono tendenzialmente nell'ambito di una cornice legislativa piuttosto scarna, che rimette quasi interamente l'intera disciplina del settore all'Autorità posta al suo "presidio".

Negli altri mercati, inoltre, la regolazione delle *authorities* è primariamente orientata a regolare l'offerta di servizi, al fine di contemperare il pieno esercizio delle libertà economiche con la tutela di finalità *lato sensu* collettive, mentre l'Anac regola la domanda pubblica (al fine di consentire confronti concorrenziali ed evitare comportamenti illeciti) «in un ambito in cui non si può parlare di liberalizzazione in senso

c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac, cit., 399 ss. In ordine alle reti di cooperazione delle *authorities* nazionali, v., *ex multis,* E. CHITI, *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione europea,* in *Riv. dir. pubbl. comunit.,* 2012, 29 ss.; L. TORCHIA, *La regolazione indipendente nell'ordinamento europeo: i nuovi organismi di settore,* in P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei,* Milano, 2012, 263 ss.

[189] L. TORCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo,* cit., 607; ID., *La regolazione del mercato dei contratti pubblici,* cit.

[190] S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, cit.

[191] Per una panoramica generale e attuale delle fonti nella materia in esame, cfr. M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici,* in *Dir. e proc. amm.,* 2, 2017, 827 ss.

proprio»[192], e al cui interno devono necessariamente "convivere" una serie eterogenea di interessi pubblici da contemperare[193].

I soggetti regolati sono, dunque, prevalentemente soggetti pubblici[194] (in specie, le stazioni appaltanti chiamate ad aggiudicare contratti pubblici), i quali non hanno facoltà di scelta circa l'ingresso o l'uscita dal mercato, atteso che essi non possono sottrarsi al rispetto delle regole che sovrintendono il "mercato" in questione[195].

Almeno sino agli atti regolatori sinora adottati, a conferma di quanto affermato non può parlarsi di una «regolazione economica in senso proprio del mercato, con l'utilizzo degli strumenti tipici della regolazione economica»[196].

Anzi, pare di scorgere negli strumenti di regolazione dell'Anac – ma su questo punto si tornerà più diffusamente oltre[197] – non tanto la regolazione economica del "mercato" dei contratti pubblici, quanto piuttosto un'attività conformativa delle funzioni amministrative spettanti alle stazioni appaltanti, che solo indirettamente si ripercuote sul "mercato" in questione.

In altri termini, in disparte la configurabilità degli atti dell'Anac alla stregua di atti-fonte, questi si rivolgono direttamente all'amministrazione disciplinando le modalità di esercizio del potere contrattuale in riferimento a singole fattispecie. Bisogna allora chiedersi se l'eterointegrazione della fattispecie contrattuale attraverso questa inedita manifestazione della funzione di "regolazione" da parte dell'Anac

[192] E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo,* cit., 269. S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, cit.

[193] S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, cit., la quale evidenzia la stretta interrelazione tra la normativa sull'evidenza pubblica e quella in tema di prevenzione della corruzione, al fine di determinare l'oggetto e la finalità della regolazione nel mercato dei contratti pubblici.

[194] Invero, una volta che diverrà operativo il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti gestito dall'Anac, solo alcuni soggetti pubblici dotati di particolari requisiti potranno stipulare contratti pubblici.

[195] L. TORCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo,* cit., 607; ID, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici,* cit.

[196] Come auspica L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici,* cit.; V. S. VALAGUZZA, Nudging *pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di Anac,* in *Rivista regolaz. mercati,* 1, 2017, 91 ss., la quale propone un originale accostamento della regolazione dell'Anac alle teorie del c.d. paternalismo libertario, su cui v. gli ampi riferimenti bibliografici ivi indicati.

[197] V. cap. V.

(che sembra, dunque, assurgere a "signore del singolo contratto pubblico"), possa giustificarsi alla luce del principio di legalità.

12. *Osservazioni di sintesi*

Nel presente capitolo si è tentato di circoscrivere il programma di ricerca all'esame dei più significativi cedimenti del principio di legalità nel sottosistema delle Autorità indipendenti.

In particolare, sotto un profilo oggettivo, concernente l'attività – specie di carattere normativo o para-normativo – delle *authorities*, si sono inquadrati i temi, intimamente connessi, della regolazione e dei poteri impliciti, e si sono spiegate le ragioni per le quali essi si pongono in forte tensione con il principio di legalità e, segnatamente, con la sua tradizionale portata precettiva più rigorosa.

Siffatti cedimenti della legalità saranno più specificamente trattati nel cap. III, ove saranno passati in rassegna alcuni tra i più significativi casi in cui il principio di legalità ha subito consistenti adattamenti e attenuazioni, spesso ritenuti dalla giurisprudenza amministrativa non del tutto incompatibili con l'ordinamento generale. Come si è già anticipato sopra e come si vedrà più diffusamente appunto nel cap. III, le specificità di ordine soggettivo e oggettivo che connotano il sottosistema delle Autorità indipendenti e, soprattutto, i drammatici riflessi che un'interpretazione rigorosa del principio di legalità potrebbe avere sull'esistenza stessa di tali soggetti e sull'effettiva realizzabilità della loro *mission* istituzionale, hanno di frequente giustificato uno scrutinio giurisdizionale non particolarmente severo in ordine all'osservanza del predetto principio nell'ambito preso in esame in questa sede.

L'altro significativo cedimento (se tale può definirsi), che sarà più approfonditamente analizzato nel corso del cap. IV, riguarda un'*authority* dalla fisionomia e dalle funzioni peculiari (l'Anac, appunto), che – per quanto affermato sopra – parrebbe affrancarsi dal generale modello regolativo-giustiziale proprio delle altre Autorità indipendenti di regolazione conosciute dal nostro ordinamento. Oltre all'esame di taluni poteri impliciti esercitati dal soggetto in questione e che sono già passati al vaglio della giurisprudenza amministrativa[198], oggetto principale di studio sarà l'innovativo potere di regolazione flessibile che l'Anac esercita nel "mercato" dei contratti pubblici. Tra

[198] Cap. III, par. 5.

gli strumenti di regolazione flessibile dell'Autorità, ci si soffermerà – per le ragioni che saranno successivamente chiarite – sulle linee guida al fine di valutarne, in particolare, la compatibilità col principio di legalità.

Prima di addentrarsi più specificamente nell'analisi dei descritti cedimenti della legalità, risulta tuttavia necessario ripercorrere, in linea generale, l'evoluzione del principio di legalità amministrativa e dei differenti significati che esso ha assunto nell'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza.

Come anticipato, verrà al riguardo impiegato un approccio decostruttivista e analitico; ciò non impedirà, tuttavia (e anche su tale profilo giova ancora insistere), di saggiare la percorribilità di un differente atteggiamento di studio (sistemico, preoccupato, cioè, di guardare al fenomeno nel suo complesso), con la finalità di offrire una rappresentazione unitaria e completa del fenomeno medesimo, fermo restando che la compatibilità dei suoi caratteri con l'ordinamento giuridico richiederà uno sforzo ulteriore, compiuto nel corso dell'ultimo capitolo, in cui si dovrà tornare nuovamente, in modo circolare, sui binari di una lettura destrutturata del problema giuridico.