

NINO PAOLANTONIO

Professore ordinario di diritto amministrativo

Dipartimento di Diritto pubblico dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

*nino.paolantonio@studioclarizia.com*

## **Tipicità della determinazione amministrativa e fonti**

### **TYPICALITY OF THE ADMINISTRATIVE DETERMINATION AND SOURCES OF LAW**

#### SINTESI

“Crisi della legge” e “fuga del regolamento” sono sintagmi che ormai da decenni ricorrono nella letteratura dei cultori di diritto costituzionale. Da qualche tempo se ne occupa anche la dottrina specialistica del diritto amministrativo, soprattutto in ragione della attribuzione alla Autorità di Nazionale Anticorruzione di poteri sostanzialmente normativi la cui attribuzione è da alcuni considerata di dubbia liceità. In particolare, il problema delle linee guida vincolanti che ANAC ha il potere di adottare pone il dubbio se nella specie si tratti di regolamenti o atti amministrativi generali, categoria, quest'ultima, di incerta qualificazione. A questo problema è strettamente collegato il dibattito se ANAC sia o meno un'Autorità indipendente nel significato tecnico-giuridico dell'espressione. Lo scritto propende per escludere che le linee guida abbiano natura regolamentare e che ANAC sia un'autorità indipendente, ponendosi con atteggiamento critico nei confronti delle scelte legislative che hanno sovraccaricato ANAC di competenze regolatorie e di amministrazione attiva, fonte di confusione e di criticità nel circuito dialettico con il potere legislativo ed esecutivo.

#### ABSTRACT

“Crisis of the Law” and “flight of the Regulation” are syntagma recurring in literature of constitutional law scholars from decades. Now the doctrine of administrative law has also been dealing with it, above all because of the attribution to the National Anti-Corruption Authority of substantially legislative power whose attribution is considered by some to be of doubtful legality. In particular, the problem of the binding guidelines that ANAC has the power to adopt, raises the question of whether such guidelines are regulations or general administrative acts, the latter, being acts of uncertain qualification. This debate is closely linked to the debate whether ANAC is an independent Authority in the technical-legal meaning of expression. The paper proposes to exclude that the guidelines are of a regulatory nature and that ANAC is an independent au-

thority, placing itself critically towards the legislative choices that have overloaded ANAC with regulatory competences and active administration, a source of confusion and criticism in the relationships with legislative and executive power.

PAROLE CHIAVE: Fonti, Linee guida, Autorità indipendenti, tipicità, determinazione amministrativa

KEYWORDS: Sources, Guidelines, Independent Authorities, Tipicity, Administrative Determination

INDICE: 1. La scelta del tema – 2. Linee guida ANAC e pareri del Consiglio di Stato: un esempio dal quale muovere – 3. *Soft law* ed equivoci – 4. La potestà normativa delle Autorità indipendenti – 5. L'ANAC non è un'Autorità amministrativa indipendente – 6. Tecnocrazia, globalizzazione e certezza delle regole

## 1. La scelta del tema

Ho scelto questo tema suggestionato dalla presentazione del tema del convegno: lo “scegliere” indagato nell'incontro di studi è (anche) «... cogliere la determinazione amministrativa nel suo divenire seguendone le vicende, dalla sua scaturigine nella pre-determinazione normativa al suo dipanarsi nel procedimento», scrivono gli organizzatori, e non si potrebbe essere più d'accordo. È il riferimento alla pre-determinazione normativa, allora, che stimola la riflessione scientifica e si accompagna ad alcune preoccupazioni degli operatori pratici su talune scelte assunte nella scorsa Legislatura in merito al rispetto della Costituzione nella regolazione di settori di straordinaria rilevanza sociale ed economica.

Mi pare doveroso, quindi, soffermarmi su di un tema che in Italia ha, negli ultimi tempi, affaticato studiosi e pratici; quel principio o criterio direttivo di cui all'art. 1, comma 1, lett. t), della legge delega n. 11/2016, secondo cui il decreto delegato 50/2016, o nuovo codice dei contratti pubblici può prevedere l'attribuzione all'ANAC di «... poteri di ... adozione di *atti di indirizzo* quali *linee guida*, bandi-tipo, contratti-tipo ed *altri strumenti di regolamentazione flessibile*, anche *dotati di efficacia vincolante* e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Oltre ai contributi che saranno citati più avanti, su ANAC e sulle sue funzioni possono consultarsi, anche per ulteriori approfondimenti bibliografici, i seguenti lavori: L. MAZZEO, L. DE PAULI, *Le linee guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urb. app.*, 2018, pp. 155 ss.; C. BENETAZZO, *I nuovi poteri 'regolatori' e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*, n. 5/2018; M. GIORGIO, *Trasparenza e pubblicità*

Le parole hanno un peso, soprattutto quando la potestà legislativa primaria viene delegata al Governo in una organizzazione statutale, quale la nostra, fondata sulla democrazia parlamentare. La norma in esame non delega, almeno formalmente, il Governo ad attribuire ad ANAC potestà regolamentare, come non sarebbe stato legittimo in presenza del limite stabilito dall'art. 117, co. 6°, invariato anche nello sfortunato, recente d.d.l. di riforma costituzionale<sup>2</sup>. Il che non esclude, come si cercherà di verificare, che tale attribuzione non sia stata comunque sostanzialmente conferita.

## 2. Linee guide ANAC e pareri del Consiglio di Stato: un esempio dal quale muovere.

Il parere del Consiglio di Stato sullo schema di codice aveva individuato tre diverse tipologie di atti attuativi delle norme delegate: a) quelli adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti commissioni parlamentari; b) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere vincolante *erga omnes*, e in particolare le linee guida; c) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante<sup>3</sup>.

Peraltro, a seconda della nozione di fonte del diritto che s'intenda privilegiare, emergono dal codice ulteriori figure di attribuzione che non si prestano ad essere qualificate come atti-fonte e presentano spiccati caratteri di originalità; ma che per ragioni di spazio non è qui possibile indagare.

Per giungere a qualche considerazione di carattere teorico darò brevissi-

---

*dei dati delle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, pp. 109 ss.; E. FREDIANI, *Vigilanza collaborativa e funzione «pedagogica» dell'ANAC*, in *Federalismi.it*, n. 23/2017; G.A. GIUFFRÈ, *Le «nuove» dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, *ivi*, n. 2/2017; O.M. CAPUTO, *Linee guida, attribuzioni precontenziose e potere sanzionatorio dell'ANAC*, in *Urb. app.*, n. 2/2018, pp. 5 ss.; S. TUCCILLO, *Le raccomandazioni vincolanti dell'ANAC tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative. (Riflessioni amargine del Regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici)*, in *Federalismi.it*, n. 6/2017; F. MARONE, *L'atipicità dei poteri di regolazione dell'Anac nelle linee guida sugli obblighi di trasparenza della p.a.*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, pp. 798 ss.; A. AMORE, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, in *Urb. app.*, 2017, pp. 763 ss.; F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Federalismi.it*, n. 25/2016; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 499 ss.; ID., *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: «post fata resurgam»*, *ivi*, 2015, pp. 757 ss.

<sup>2</sup> Atto Senato n. 1429, XVII Legislatura: «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della parte II della Costituzione».

<sup>3</sup> Cons. Stato, Comm. spec., 1° aprile 2016, n. 855.

ma menzione del parere del Consiglio di Stato sulle linee guida ANAC per l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*. L'art. 192 del Codice prevede infatti che «l'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto».

Ricordo subito che né la legge delega né il codice impongono il parere preventivo del Consiglio di Stato che ANAC, in verità in guisa affatto collaborativa, non ha mai mancato di richiedere, adeguandosi alle indicazioni del parere “stipite” n. 855/2016. Ebbene, il più recente parere reso sulle linee guida di cui s'è fatta ora menzione premette che l'art. 192 del codice attribuisce ad ANAC il potere di «... *dettare disposizioni vincolanti sulla tenuta dell'elenco, nell'esercizio di un potere che si traduce in atti che non sono regolamenti in senso proprio (art. 213, comma 2, del codice), ma atti di regolazione flessibile, di portata generale e con efficacia vincolante, come tali sottoposti alle garanzie procedurali e giustiziabili davanti agli organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'art. 120 del codice del processo amministrativo*»<sup>4</sup>. Ribadisce che l'elenco non ha natura costitutiva ma dichiarativa poiché - tra l'altro - la disciplina sui noti tre requisiti dell'*in house* (controllo analogo, attività dedicata, partecipazione pubblica qualificata) è autosufficiente siccome dettata all'art. 5 del codice (e, aggiungerei, prima, dagli artt. 12, par. 1, lett. c), direttiva 24/2014, 17, par. 1, lett. c), direttiva 23/2014, e 28, par. 1, lett. c), direttiva 25/2014), e quindi: (i) ammonisce ANAC sulla necessità che i parametri indicati nelle linee guida per accedere all'elenco siano espressamente qualificati come esemplificativi, altrimenti traducendosi «*in non consentiti precetti integrativi o modificativi delle elastiche regole fissate dalla legge*»; (ii) cassa alcune linee inerenti l'epifania del controllo analogo, avvertendo che «*le linee guida non devono suggerire alle amministrazioni aggiudicatrici deroghe al diritto societario non consentite dall'ordinamento*»; (iii) segnala severamente l'esigenza di eliminare la previsione secondo cui, dalla data di cancellazione della società *in house* dall'elenco che verrà, «i contratti già aggiudicati devono essere revocati e affidati con le procedure di evidenza pubblica previste dal Codice », e ciò perché: (a) «la disposizione ... non gode della necessaria copertura legislativa»; (b) la «fattispecie di revoca del contratto ivi prevista» è «atecnica e irrituale»; (c) «la “sorte” del contratto ... resta disciplinata dalle apposite norme in tema di risoluzione (art. 108 del codice), recesso (art. 109 del codice) e inefficacia (art. 121 c.p.a.)».

---

<sup>4</sup> Cons. St., comm. spec., 1° febbraio 2017, n. 282.

Ce n'è abbastanza per spiegare l'intitolazione di questo scritto e per introdurci a qualche riflessione di carattere generale.

### 3. *Soft law* ed equivoci

Il primo compito dell'interprete è verificare se sia possibile leggere la disciplina vigente in senso costituzionalmente orientato.

In vista di tale obiettivo, sgombrerei subito il campo dalle suggestioni della c.d. *soft law*, pure evocate dalla legge delega, allorché fa riferimento a strumenti di regolazione flessibile, salvo aggiungere, con evidente contraddizione in termini, che tali strumenti possono avere anche efficacia vincolante. Se il legislatore delegante avesse inteso introdurre una fonte novella di *soft law* idonea a produrre effetti vincolanti saremmo di fronte al classico tratto di penna del procuratore von Kirchmann, che forse in questo caso non manderebbe al macero intere biblioteche, ma di certo qualche scaffale sì, non essendo la letteratura sulle relazioni tra *soft law* e sistema delle fonti particolarmente abbondante, ancorché non manchino importanti contributi (tutti piuttosto critici), sul tema<sup>5</sup>.

È noto che non v'è concordia tra costituzionalisti ed amministrativisti circa un aspetto teorico generalissimo di delicatezza ancor più estrema: se quello della tipicità delle fonti primarie e della atipicità di quelle secondarie è pacifico per tutti, per nulla affatto pacifico è il tema dei criteri distintivi tra fonti normative secondarie ed atti pubblici di altra natura. È evidente che l'opzione per l'una o l'altra soluzione condiziona la qualificazione degli atti dell'ANAC - ma il discorso varrebbe per qualunque altra autorità amministrativa nazionale extragovernativa - di cui stiamo parlando.

Ebbene, se il criterio privilegiato per operare la distinzione di cui ho detto è quello che tiene conto della generalità, della astrattezza e della innovatività, intesa questa come precettività, le conseguenze son quelle note secondo cui l'atto fonte dev'essere pubblicato, deve soggiacere alla regola *iura novit curia*, va

---

<sup>5</sup> Per indicazioni accurate di letteratura, soprattutto costituzionalistica, sulla *soft law*, e senza alcuna pretesa di esaustività, si veda A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, pp. 253 ss. Approccia il fenomeno nella visuale delle relazioni tra ordinamento generale ed ordinamento amministrativo M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, pp. 147 ss., dando atto che, in ambito nazionale, la *soft law* emerge giustappunto in settori regolati da autorità indipendenti (p. 159); della stessa A. v. anche ID., *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista dellaregolazioneimercati.it*, n. 2/2016.

interpretato secondo le regole proprie del sistema delle fonti, è inderogabile dai singoli provvedimenti amministrativi, può dar adito a ricorso in Cassazione per violazione o scorretta applicazione di essi.

Un diverso approccio teorico ci dice che la differenza tra atti normativi e non normativi in diritto amministrativo sarebbe irrilevante poiché il regime predetto sarebbe in larga parte applicabile o comunque in certo modo sostituibile dalle peculiarità processuali di settore: si dice ad esempio che il principio *iura novit curia* non rilevarebbe poiché è onere del ricorrente indicare i motivi di ricorso nei quali sono a loro volta individuati i parametri normativi violati, non potendo il giudice individuare da sé il parametro normativo in base al quale operare il proprio sindacato<sup>6</sup>.

Probabilmente, conviene non confondere tra principio della domanda ed oneri connessi, da un lato, e principio *iura novit curia*, dall'altro. Quanto poi al regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo, il fatto che esso sia annullabile sia per contrasto con un atto fonte che con un atto amministrativo generale - che, secondo taluno, sarebbe ascrivibile all'originale categoria delle fonti denominate terziarie, tipiche del diritto amministrativo<sup>7</sup> - non esclude la rilevanza della qualificazione dell'atto fonte nello stesso processo: in punto, ad esempio, di disapplicabilità di esso ove in contrasto con le fonti sovraordinate o con il diritto europeo (è il caso dei regolamenti e della loro disapplicabilità in via incidentale).

Si insegna che sotto l'espressione “*soft law*” si annoverano «... strumenti, spesso informali (inviti, segnalazioni, comunicazioni, note informative, auspici, messaggi, ecc.), volti a influenzare i comportamenti delle autorità amministrative e degli amministrati. La *soft law* mette in discussione il principio di tipicità delle fonti e degli atti amministrativi con valenza regolatoria, che costituisce un'esplicazione del principio di legalità»<sup>8</sup>. Come questa crisi possa risolversi - e se ciò vada fatto - non si dice, salvo ridimensionare il problema osservando che la *soft law* presenta una “componente autoritativa-prescrittiva ... recessiva rispetto a quella per così dire persuasiva-sollecitatoria”<sup>9</sup>.

Tuttavia, negli atti adottati ed in quelli in corso di adozione da parte di ANAC, quale quello ricordato - di enorme rilevanza giuridica e pratica, poiché da esso discendono i presupposti per ottenere l'autorizzazione a sottrarre alla

---

<sup>6</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2017, III ed., pp. 73 ss.

<sup>7</sup> M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, in *Annuario Aipda 2015. Le fonti del diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, spec. pp. 235 ss.

<sup>8</sup> M. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 90.

<sup>9</sup> M. CLARICH, *Op. loc. ult. cit.*

concorrenza commesse pubbliche per destinarle ad auspicata autoproduzione - non v'è alcunché di persuasivo o sollecitatorio, ma tutto di precettivo.

Parlare di *soft law* è quindi solo una questione di etichette; si potrebbe parlare di atti di indirizzo non vincolanti, di circolari normative, o anche di *soft law*: si tratta in ogni caso di atti amministrativi a contenuto generale, già noti alla giurisprudenza teorica e pratica, anche costituzionale, quale quella in materia di bandi-tipo.

Viceversa, di *soft law*, per gli atti di ANAC a contenuto precettivo, non è proprio il caso di parlare. Data questa conclusione *de jure condito* e *condendo*, il passo successivo è quello di verificare se l'attribuzione di una potestà normativa ad un'autorità nazionale sia di per sé illegittima; quesito al quale, anticipo, va data risposta indubbiamente negativa, anche se non incondizionata.

#### 4. La potestà normativa delle Autorità indipendenti

La Corte costituzionale si è occupata di questi problemi in sede di ricorsi per pretesi conflitti di attribuzione<sup>10</sup>.

La (ex ) Autorità per l'energia elettrica e il gas, secondo la Corte<sup>11</sup>, pur operando «in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione» (art. 2, comma 5, l. 481/95), costituisce una «autorità nazionale» (art. 2, comma 6) riconducibile alla materia della organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali: per la Corte non vi è ragione per ritenere che tale posizione di indipendenza, ovvero il carattere «neutrale» che le Autorità di tale natura in linea di principio assumono rispetto agli interessi cui sono preposte, possano produrre alterazioni dei criteri costituzionali in base ai quali viene ripartito l'esercizio delle competenze amministrative tra Stato, Regioni ed enti locali<sup>12</sup>. La peculiare collocazione dell'Autorità nell'apparato amministrativo dello Stato, quand'anche indotta da vincoli europei, in altri termini, non ne elide il carattere nazionale, il che impone sempre di accertare se le attribuzioni di cui detta Autorità gode, al fine di regolare e controllare il *settore di propria competenza*, siano compatibili con la sfera di competenza costituzionalmente riconosciuta alle Regioni (incidentalmente rilevo che il settore di competenza di ANAC è di ampiezza inusitata).

---

<sup>10</sup> Un'accurata ricognizione della problematica in P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, pp. 143 ss.

<sup>11</sup> Sentenza n. 41 del 2013.

<sup>12</sup> Sentenza n. 32 del 1991.

Secondo la Corte, la legge statale può assegnare all'Autorità (nella specie per l'energia) le funzioni amministrative di cui lo Stato stesso è titolare; l'indipendenza dell'Autorità non costituisce un ostacolo a tanto. Cosa succede però se l'Autorità non è indipendente e ad essa la fonte primaria attribuisce una potestà normativa di attuazione?

Per la Corte la vecchia Autorità di vigilanza sui contratti pubblici era indubbiamente indipendente<sup>13</sup>; la Corte ha affermato che l'Autorità fosse «... un nuovo organismo collegiale di alta qualificazione, chiamato ad operare in piena autonomia rispetto agli apparati dell'esecutivo ed agli organi di ogni amministrazione»: ad iniziare dalle nomine dei componenti (5 membri nominati con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti delle Camere) - che ANAC non possiede (v. art. 13, co. 3, d.lgs. 150/2009, c.d. decreto Brunetta, che istituisce la ex CIVIT)<sup>14</sup>.

La ex AVCP, peraltro, non possedeva poteri normativi, ma solo di vigilanza ed ispettivi; di essa la Corte diceva che «le attribuzioni dell'Autorità non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di *amministrazione attiva* o di controllo; esse esprimono una funzione di garanzia, in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo. Le attività rimesse all'Autorità assumono carattere strumentale rispetto alla conoscenza ed alla vigilanza nel complessivo settore dei lavori pubblici»; una realtà evidentemente assai diversa da quella odierna, dove si assiste ad una massiccia attribuzione ad ANAC di funzioni non solo di amministrazione attiva ma anche, per l'appunto, di normazione secondaria, laddove con questo aggettivo mi riferisco impropriamente, per comodità, alla normazione attuativa e di dettaglio, tipica del regolamento attuativo (che dovrebbe essere governativo).

Per la categoria più problematica, quella delle linee guida precettive, di certo non è risolutiva l'opzione compromissoria del Consiglio di Stato (pur lo devolvemente ispirata alla salvaguardia dell'impianto generale elaborato dal Governo), secondo cui le linee guida vincolanti avrebbero natura di atti di regolazione di un'autorità indipendente, poiché essa presuppone giustappunto che ANAC sia un'Autorità amministrativa indipendente con funzioni (anche) di re-

---

<sup>13</sup> Sentenza n. 482 del 1995.

<sup>14</sup> Il presidente e i componenti sono nominati, tenuto conto del principio delle pari opportunità di genere, con decreto del Presidente della Repubblica, su deliberazione del Consiglio dei Ministri, 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.

golazione. La conseguenza sarebbe che le linee guida (e gli atti ad esse assimilati) sarebbero riconducibili alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, ossia ad atti amministrativi generali e, appunto, ‘di regolazione’<sup>15</sup>.

In verità, gli atti di regolazione non possono ascrivere alla pur multiforme categoria degli atti amministrativi generali, per i quali si pongono i noti problemi del *deficit* di partecipazione previsto dall'art. 13 della l. 241, disciplina che trova invece applicazione, per costante giurisprudenza, agli atti di regolazione in generale; non a caso quelli di ANAC sono stati tutti sino ad oggi sistematicamente sottoposti a consultazione pubblica preventiva (oltre che ad analisi AIR e VIR); ma si badi, sottoporre queste bozze alla pubblica consultazione non consente di escludere che, in concreto, possa trattarsi di fonti sostanzialmente regolamentari<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Secondo il parere n. 855/2016 del Consiglio di Stato (§ II.g.5), «*il riconoscimento per tali provvedimenti di una vera e propria natura normativa extra ordinem - pure proposta da taluno - suscita non poche perplessità di tipo sistematico e ordinamentale, soprattutto in assenza di un fondamento chiaro per un'innovazione così diretta del nostro sistema delle fonti*». *Contra*, v. G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, pp. 273 ss., secondo cui: (i) «a regolazione è una categoria polisemica» (p. 286); (ii) «[ ... ] non è certo decisivo l'argomento addotto dal Consiglio di Stato per cui tale qualificazione consente di inverte le garanzie procedurali e di qualità della regolazione che caratterizzano l'esercizio del potere regolatorio delle autorità indipendenti, dato che tali garanzie sono espressamente previste dall'art. 213» - del d.lgs. n. 50/2016, n.d.r. - «per ogni atto di regolazione [ ... ]» (pp. 29-297); (iii) anche le linee guida vincolanti, infine, possiederebbero i caratteri della astrattezza e della innovatività, ed anche riguardo ad esse i destinatari sarebbero indeterminabili *a priori* ed *a posteriori* (p. 298). Critico nei confronti della ricostruzione del Consiglio di Stato anche M.P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2016, p. 441: «[ ... ] le linee guida hanno sì un'efficacia di carattere generale, ma in quanto atti con carattere astratto. In sostanza, sono un'esplicazione del potere normativo delle amministrazioni pubbliche, attribuito per legge; ciò che nel caso è pacifico, visto l'art. 1, comma 1, lett. t), legge delega n. 11/2016 [ ... ]»; l'A., inoltre, ascrive al novero delle cc.dd. fonti atipiche le linee guida vincolanti: «Ove le linee guida abbiano carattere vincolante *erga omnes*, con previsioni di carattere astratto, si devono ascrivere al genere degli atti regolamentari (per ora atipici) delle autorità amministrative, attribuiti per legge (nel caso la L. n. 11/2016). In breve, non atti amministrativi, ancorché generali; ma atti di regolamentazione. La questione è determinata essenzialmente dal carattere vincolante o meno delle linee guida di volta in volta previste dal Codice ed utilizzate da ANAC e dal MIT. Se sono vincolanti, le linee guida sono atti di regolamentazione amministrativa; con tutto quello che ne consegue. Altrimenti sono “atti amministrativi di indirizzo” che - come le direttive amministrative (nel diritto nazionale) e gran parte delle comunicazioni della Commissione europea (nel diritto UE) - indicano obiettivi alle amministrazioni di riferimento, le quali possono motivatamente discostarsene», *ivi* e p. 442. Sugli atti amministrativi generali si vedano M. RAMAJOLI - B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 53 ss., spec. pp. 56 ss., e, prima, G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000, *passim*.

<sup>16</sup> Colloca i regolamenti delle autorità indipendenti tra gli «atti normativi problematicamente rientranti nel c.d. livello primario» delle fonti del diritto F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in *Diritto pubblico*, a cura di F. Modugno, Torino, Giappichelli, II ed., 2015, p. 166, osservando che, se da un lato è «[ ... ] indiscutibile la mancanza di un fondamento anche indiretto di tali atti nella Costituzione», dall'altro «[ ... ] le leggi istitutive delle Autorità tendono

Alla base della lettura del parere del Consiglio di Stato e della buona prassi di ANAC potrebbe essere il timore di dover constatare che ad un'autorità per nulla affatto indipendente è stato attribuito un potere regolamentare, con la conseguenza che, dovendo tale autorità ricondursi all'apparato organizzativo dello Stato, l'interprete dovrà porsi il problema della compatibilità di tale previsione con l'art. 117, co. 6°: l'attribuzione di potestà normativa di secondo grado non può che avere, appunto, natura regolamentare, salvo che non sia la legge, con formule variamente criticate dalla dottrina poiché elusive dei vincoli costituzionali e di legge ordinaria, ad escludere espressamente siffatta natura<sup>17</sup>.

Ritengo sia questa la ragione per cui in passato il Consiglio di Stato abbia riconosciuto addirittura una potestà regolamentare delle autorità indipendenti *sui generis*, osservando che, a fronte degli evidenti rischi di deroga al generale principio di legalità, la configurazione, in certi casi, di una maggiore discrezionalità delle autorità indipendenti anche nell'esercizio delle funzioni normative loro proprie risulterebbe «... coerente col loro ruolo, che non è solo quello di eseguire e dare attuazione, ma *regolare e quindi anche regolamentare* in conformità alle esigenze che via via si pongono nel settore di afferenza», sicché sarebbe «... ragionevole ammettere, in via generale, la configurabilità anche di questo tipo di regolamenti», occorrendo peraltro «... accertare, caso per caso, la sussistenza della condizione che la materia regolata non sia sottoposta a riserva di legge e che nella stessa legge istitutiva dell'autorità, o comunque in altra fonte primaria

---

a porsi, sotto questo aspetto, come leggi di carattere organizzatorio, come norme sulla normazione, attribuendo alle Autorità un potere regolamentare o comunque il compito di promuovere la formazione di regole da parte dei soggetti attivi nei settori interessati [ ... ]». In relazione specifica ad ANAC, di recente, in tal senso, V. NERI, *Disapplicazione delle linee guida ANAC e rilevanza penale della loro violazione*, in *Urb. app.*, n. 2/2018, p. 148: «[ ... ] esistono buoni argomenti per inquadrare le linee guida vincolanti tra gli atti soggettivamente amministrativi e oggettivamente normativi e, per tale via, assimilarli ai regolamenti. Nella consapevolezza che il *deficit* di democraticità dell'ANAC è certamente elemento ostativo ad una piena equiparazione delle linee guida vincolanti ai regolamenti, va tuttavia rilevato che da tempo la dottrina, nella materia delle fonti, riconosce uno spazio sempre crescente al criterio della competenza a discapito di quello gerarchico che grosso modo si basava sulla legittimazione democratica. Peraltro la natura autenticamente regolamentare trova conforto sia nelle previsioni di cui all'art. 213, comma 2, codice - nella parte in cui stabilisce un vero e proprio procedimento per l'adozione delle linee guida, individua le modalità di pubblicazione».

<sup>17</sup> M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *giustamm.it*, n. 10-2016: «La soluzione accolta dal Consiglio di Stato, nondimeno, va contestualizzata nello sforzo che la giurisprudenza costituzionale e amministrativa sta mettendo in atto per arginare la c.d. fuga dal regolamento, ossia la diffusione di atti ministeriali che, pur avendo contenuto generale e astratto, sono privi di esplicita qualificazione regolamentare (o di rinvio alla disciplina dei regolamenti) o denominati espressamente dalla legge "decreti di natura non regolamentare". La previsione di atti di questo genere mira infatti ad eludere il riparto delle competenze in materia regolamentare, previsto all'art. 117, comma 6 Cost., e il procedimento di formazione dei regolamenti di cui all'art. 17, l. n. 400/1988».

(anche di livello comunitario), siano rinvenibili *i criteri di fondo* per l'esercizio del potere normativo dell'autorità di regolazione»<sup>18</sup>. In questo senso, di recente, si è espresso il Consiglio di Stato a proposito dello schema di regolamento con il quale ANAC, ai sensi dell'art. 211 del Codice, «può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-*bis* e 1-*ter*», ossia quelli di (i) «agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto», e di (ii) emettere un parere motivato nei confronti di una stazione appaltante se ritiene che questa «... abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni», parere nel quale essa ANAC «indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati» e che, se non osservato, legittima l'Autorità a ricorrere al Giudice ai sensi dell'art. 120, c.p.a.<sup>19</sup>

Questo parere, lungi dal risolvere i problemi della titolarità della potestà normativa delle *authorities*, viceversa li aggrava notevolmente poiché costringe l'interprete ad andare alla ricerca di quei “criteri di fondo” che escludano il rischio maggiormente paventato dagli operatori nell'ampio e ricco settore della contrattualistica pubblica<sup>20</sup>: quello di una eccessiva discrezionalità di ANAC nel

---

<sup>18</sup> Cons. Stato, sez. cons. atti norm., 14 febbraio 2005 n. 11603, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it). Concorde, in letteratura, L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. reg. mercati*, n. 2/2016, p. 74: «Gli atti definiti dal Codice come atti di regolamentazione flessibile a carattere vincolante possono allora essere ricondotti alla categoria degli atti di regolazione delle autorità indipendenti: una categoria di atti ormai sufficientemente definita dalle norme, dall'esperienza e, *last but not least*, dalla giurisprudenza, per poterne trarre alcuni tratti caratteristici, come la sottoposizione a procedure di consultazione, la necessità di analisi di impatto, la sindacabilità».

<sup>19</sup> «[ ... ] alle Autorità indipendenti in generale, e a quelle di regolazione nello specifico, il potere regolamentare spetta quale corollario delle attribuzioni loro riconosciute dalla legge, potere strettamente connesso all'elemento di indipendenza che le connota e che consente loro di esercitare direttamente i compiti di regolazione e controllo dei settori alla cui salvaguardia sono preposte»: così Cons. Stato, Comm. spec., 26 aprile 2018, n. 445.

<sup>20</sup> Osserva C. DEODATO, in *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2016, p. 13: «mentre [ ... ] gli atti di regolazione rispondono all'esigenza di affidare a un'autorità indipendente dal Governo l'introduzione di regole perlopiù tecniche (tariffe, prezzi di accesso alla rete dell'*incumbent*, ripartizione di risorse scarse, determinazione tecnica dei contenuti delle transazioni commerciali) in segmenti di mercato circoscritti nei quali l'Esecutivo, per mezzo delle società partecipate, conserva un interesse (diretto o indiretto) che ne sconsiglia qualsivoglia intervento normativo, le linee guida dell'ANAC, al contrario, non presentano i caratteri della tecnicità e della settorialità, né intervengono in un mercato che esige una regolazione autonoma dal Governo», proprio perché recano norme generali ed astratte; l'A. critica la scelta del Legislatore delegante e delegato (di affidare una potestà sostanzialmente regolamentare ad un Ente, quale ANAC, privo di investitura e legittimazione democratica) fondando il proprio ragionamento sul presupposto che le fonti sub-primarie siano tipiche; *contra*, G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC*, cit., p. 293: «[ ... ] il sistema delle fonti è chiuso solo a livello di fonti legislative e costituzionali e [ ... ] pertanto non si pone alcun problema di ammissibilità dell'esercizio della potestà regolamentare

definire alcuni contenuti delle linee guida, cui corrisponde, in ragione della nota quanto oggi ancor più incomprensibile esclusione del dovere di motivazione degli atti amministrativi normativi ed a contenuto generale, una restrizione del sindacato giudiziario (con la difficoltà aggiuntiva che i non obbligatori pareri del Consiglio di Stato contribuiscono evidentemente a ridurre gli auspici di un sindacato giurisdizionale con esito vittorioso)<sup>21</sup>.

## 5. L'ANAC non è un'Autorità amministrativa indipendente

Si vede bene quindi come il problema della collocazione nel sistema delle fonti degli atti attuativi delle norme codicistiche si ponga sotto una veste nuova, che mette in discussione la stessa codificazione di settore: i circa cinquanta provvedimenti normativi attuativi del Codice sono troppi e troppo diversi l'uno dall'altro; lo scopo di riordinare i testi normativi in modo razionale e di agile applicazione è palesemente negletto in presenza di una siffatta congerie di provvedimenti attuativi che lo stesso Consiglio di Stato suggerisce addirittura di raccogliere a loro volta in testi unici (dell'ANAC) dando origine ad un sistema di codificazione, per così dire, “a matryoska”, con serio pregiudizio del principio di certezza del diritto e di legalità (entrambi principi del diritto globale, secondo la più accreditata dottrina *in thema*), con i quali deve fare comunque i conti il principio di atipicità delle fonti secondarie<sup>22</sup>. E il *deficit* di certezza contrasta sempre con una attendibile predeterminazione normativa.

---

da parte di enti pubblici non territoriali [ ... ]: si tratta di un potere non garantito, ma neppure vietato dalla Costituzione».

<sup>21</sup> Particolarmente attento a questo profilo si mostra C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo*. Il caso delle linee guida dell'ANAC, in *Federalismi.it*, n. 2/2017, secondo cui, proprio perché dette linee guida vengono comunemente ascritte al novero degli atti di c.d. normazione secondaria, «[ ... ] resta necessaria una verifica giurisdizionale della coerenza del contenuto precettivo da essi prodotto con la causa della potestà regolatoria esercitata, soprattutto per quegli atti (quali le linee guida dell'ANAC) che provengono da un'autorità non legittimata dal circuito della rappresentanza democratica» (p. 26).

<sup>22</sup> Scrive F. SORRENTINO, *Il sistema delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Annuario Aipda 2015. Le fonti del diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 11, che alle «[ ... ] Autorità regolatorie [...], per opposte ragioni, la politica, da un lato, e l'amministrazione, dall'altro, sono ben liete di trasferire le loro responsabilità (rispettivamente, politiche e amministrative) con ulteriore offuscamento del principio di legalità: da una parte perché tali Autorità non hanno alcuna legittimazione democratica [ ... ], pur adottando norme che solo per prassi consideriamo secondarie, dall'altra perché i provvedimenti che esse emettono, connotandosi per la loro amplissima discrezionalità (sia pure tecnica), pur non sfuggendo al sindacato del giudice amministrativo, vi sono però sottoposti 'a maglie larghe' [ ... ]». Nello stesso volume, sul problema dell'atipicità delle fonti di diritto amministrativo v. anche B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, *ivi*, pp. 53 ss., e M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, *cit.*, pp. 193 ss.

In tale contesto, mi pare che qualificare ANAC come autorità indipendente sia errato oltre che inutile. Secondo parte della dottrina essa sarebbe un'autorità “atipica” poiché avrebbe «... assunto un ruolo preponderante in un settore tipico della responsabilità politico-governativa, quale non può non essere ritenuto quello della prevenzione e del contrasto – attraverso misure amministrative – alla corruzione» e per «... l'attribuzione di poteri autonomi al Presidente dell'Autorità – mentre la collegialità è caratteristica delle autorità indipendenti preordinata a garantire imparzialità e ponderatezza delle decisioni»<sup>23</sup>.

Nel mentre la seconda osservazione è opinabile, essendo l'indipendenza di giudizio e di valutazione requisito del titolare dell'organo, indipendentemente dalla struttura di esso, la prima è condivisibile, e da sola evidenzia come ANAC non sia qualificabile come autorità indipendente punto.

ANAC, invero, cumula funzioni di *hard regulation* con funzioni di amministrazione attiva, il che la rende quanto mai dipendente dalle influenze dell'esecutivo, escludendo il primo ed irrinunciabile requisito delle autorità che vogliono qualificarsi come indipendenti. In tal senso, la dottrina tende inoltre ad escludere che il “mercato” dei contratti pubblici abbia natura di mercato regolato, che probabilmente non richiede neppure l'intervento di un'Autorità indipendente, non prevista né dalle direttive recepite con il Codice del 2016 né nell'esperienza maggioritaria dei paesi europei<sup>24</sup>.

Il tutto in assenza di criteri o direttive predeterminati dal Legislatore, ed in materia estranea al territorio dei cc.dd. regolamenti indipendenti di cui all'art. 17, co. 1, lett. c) della l. 400/88. E peraltro, la già segnalata esclusione di ANAC dal novero delle cc.dd. autorità indipendenti impedisce di invocare la

---

<sup>23</sup> N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *giustamm.it*, n. 5-2016. ID., *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, *ivi*, n. 6/2016. Ascrive ANAC al novero delle amministrazioni indipendenti O.M. CAPUTO, *Linee guida*, cit., p. 6 e letteratura *ivi* citata. Sul punto, P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., pp. 54 ss.

<sup>24</sup> L. TORCHIA, Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 607: «Nel caso del mercato dei contratti pubblici le regole sono rivolte, infatti, prioritariamente e prevalentemente ad amministrazioni pubbliche e i soggetti regolati, vigilati, controllati e comunque destinatari dell'esercizio dei poteri dell'Anac sono appunto prima di tutto e prevalentemente le amministrazioni e non i soggetti o comunque gli operatori privati. Emerge, così, una questione ancora più generale: è necessaria una regolazione autonoma dal governo - una regolazione indipendente - per il mercato dei contratti pubblici?»; nel segno di quanto si accenna nel testo, la A. indica altresì la «[ ... ] natura composita della missione dell'Anac, nella quale non è chiaro se la vigilanza sui contratti pubblici sia strumentale e finalizzata alla lotta alla corruzione o se, invece sia la prevenzione della corruzione ad essere strumentale al buon funzionamento del mercato dei contratti pubblici [ ... ]», *ivi* e p. 608. Per una recente analisi comparata delle Autorità indipendenti nel contesto europeo si veda lo studio ricostruttivo di C. BENETAZZO, *I nuovi poteri “regolatori” e di precontenzioso dell'ANAC*, cit., pp. 3-21.

isolata giurisprudenza secondo cui queste potrebbero adottare regolamenti “autonomi” (o indipendenti)<sup>25</sup>.

Mi pare che addirittura dubbi di legittimità - come osservato in alcuni commenti<sup>26</sup> - emergano talora sui poteri di *hard* o *strong regulation*. Un esempio. L'art. 84 del d.lgs. n. 50/2016, al co. 12°, prevede che «entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'ANAC, sentite le competenti Commissioni parlamentari, vengono individuate modalità di qualificazione, anche alternative o sperimentali da parte di stazioni appaltanti ritenute particolarmente qualificate ai sensi dell'articolo 38, per migliorare l'effettività delle verifiche e conseguentemente la qualità e la moralità delle prestazioni degli operatori economici, se del caso attraverso un graduale superamento del sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici».

Questa norma, che vede ANAC impegnata nel delicato ruolo di amministrazione proponente, evoca dubbi di legittimità costituzionale per le ragioni che, con sintesi obbligatoria, mi limito ad enumerare: in primo luogo perché non attua alcun principio o criterio direttivo della legge di delega, con violazione dell'art. 76; in secondo luogo perché introduce una disciplina alternativa che segue un *iter* di formazione diverso dal sistema di qualificazione di cui all'art. 83 del codice, idoneo a creare disparità di trattamento tra operatori economici, ponendo a rischio anche la certezza del diritto, con violazione dell'art. 3; in terzo luogo perché viola il principio di buon andamento imponendo con decreto di natura regolamentare regole di qualificazione aggravate per alcune stazioni appaltanti solo perché più qualificate, spogliandole di ogni discrezionalità in merito ed anzi imponendo ad esse oneri non previsti dalla legge delega né dal codice, ma solo da un regolamento ministeriale, con il rischio che tali compiti vengano conferiti alle stazioni appaltanti di dimensioni più ragguardevoli, o magari alle centrali di committenza: ne potrebbe conseguire la restrizione della partecipazione a pochi operatori economici, con violazione dell'art. 117, co. 1 e

---

<sup>25</sup> «Le Autorità indipendenti possono adottare regolamenti “autonomi” (o indipendenti, secondo la tradizionale terminologia riferita alle attribuzioni regolamentari del Governo), in ragione della configurazione, in certi casi, di una maggiore discrezionalità di detti organismi anche nell'esercizio delle loro funzioni normative; soluzione di cui è stata attestata la coerenza col loro ruolo, che non è solo quello di eseguire e dare attuazione, ma regolare e quindi anche regolamentare, in conformità alle esigenze che di volta in volta si presentano nel settore di afferenza, anche e soprattutto sulla base del dato dell'esperienza e della prassi, l'azione di quanti vi operano»: così, Tar Lazio, sez. I, 18 giugno 2007, n. 5522.

<sup>26</sup> M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti*, cit., p. 443: «A meno che non si provi - la prospettiva è stimolante - a contestare la vincolatività delle linee guida che così si autoproclamano, tramite un'eccezione di incostituzionalità della legge delega (art. 1, comma 1, lett. t) che ha attribuito ad autorità amministrative un potere normativo “anche vincolante”, fonte di restrizioni e sanzioni, senza averne definito per niente condizioni e limiti»; in violazione, quindi, dell'art. 76 Cost.

del principio di non discriminarietà, essendo oscura la ragione per cui debbano esistere sistemi di qualificazione «alternativi».

## 6. Tecnorazia, globalizzazione e certezza delle regole

È tempo di tirare le fila del discorso.

Secondo la Corte costituzionale il controllo di legittimità sulla delega legislativa deve essere svolto attraverso un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli concernenti, rispettivamente, la norma delegante (al fine di individuarne l'esatto contenuto, nel quadro dei principi e criteri direttivi e del contesto in cui questi si collocano, nonché delle ragioni e finalità della medesima) e la norma delegata, da interpretare nel significato compatibile con i principi ed i criteri direttivi della delega<sup>27</sup>.

Nel nostro caso, la locuzione di cui alla norma delegante «anche dotati di efficacia vincolante», che si accompagna contraddittoriamente al sintagma «strumenti di regolamentazione flessibile» (di significato sconosciuto quale che sia l'opzione privilegiata per l'approccio allo studio delle fonti), non può a mio avviso interpretarsi nel senso che ANAC, come qualunque altra Autorità nazionale, possa adottare atti di normazione sub-primaria aventi efficacia generale ed astratta, alla stessa stregua di regolamenti governativi e/o ministeriali. Se così è, esclusa la natura di autorità indipendente in capo ad ANAC, e ricondotta impropriamente all'apparato organizzativo dello Stato (di cui, come detto, non condivide peraltro il regime di responsabilità), non può non trovare applicazione la disciplina di cui all'art. 17, co. 3, l. 400/88.

Sarebbe stato allora quanto mai opportuno che il c.d. correttivo al codice dei contratti pubblici si fosse fatto carico di chiarire questi interrogativi soppendo alla proliferazione di atti normativi, anche al fine di evitare ritardi che hanno trasformato la disciplina transitoria in disciplina a regime.

L'onere di pubblicazione che il Governo, accogliendo sul punto un'indicazione resa dal Consiglio di Stato, ha imposto ad ANAC col comma 17° dell'art. 213 non pare davvero idoneo a risolvere il problema della successione delle direttive o linee-guida nel tempo, né quello della sovrapposizione di materie, né quello, ancor più grave, dei rapporti con le competenze degli enti territoriali, e neppure quello, fondante, della insopprimibile unità del sistema di

---

<sup>27</sup> *Ex plurimis*: sentenze n. 272 del 2012, n. 230 del 2010, n. 98 del 2008, nn. 340 e 170 del 2007.

gerarchia delle fonti, non espressione di *regulation né hard né soft*, ma correttamente latrice della volontà democratica delle rappresentanze civili.

Pertanto, se un atto precettivo a contenuto generale va qualificato come regolamento (ministeriale o interministeriale) su di esso va acquisito il parere del Consiglio di Stato; se si tratta di atto precettivo generale di competenza di un'autorità amministrativa nazionale, e quindi extra-governativa, va individuata la sua fonte e la legittimità di essa. In questo secondo caso, se la fonte difetta o è invalida, l'invalidità si trasmette agli atti delegati ed a quelli attuativi. A questo dualismo, almeno *de lege condita*, non vi sono alternative.

Quanto ad ANAC, devo registrare che nella gran parte dei casi la delega, interpretata alla stregua degli insegnamenti della Consulta, non legittima le norme attributive di potere che fanno di essa un'autorità - come detto - tutt'altro che indipendente<sup>28</sup>. I detrattori - tra i quali non è chi scrive - potrebbero qualificarla come un vero e proprio ente che, oltre a vigilare e sanzionare, norma (peraltro talora errando, come s'è visto raccontando del parere sull'*in house, supra* sub § 2), e norma su fattispecie che poi essa stessa controlla, il tutto senza legittimazione democratica, con una dubbia copertura di legge ed in nome di obiettivi senz'altro commendevoli, ma estranei alle tre direttive del 2014 ed alla stessa legge delega.

ANAC partecipa alle decisioni normative che dovrebbero a mio avviso essere appannaggio delle sole fonti subprimarie regolate dalla legge 400 del 1988 o, in alternativa, dovrebbero configurarsi come vera *soft regulation*, senza carattere di precettività, con efficacia di *moral suasion*, senza finalità attuative o specificative di norme primarie, pubblicizzate e condivise preventivamente da *lobbies* (la vera urgenza sta a mio avviso nel varare una buona legge *in thema*, ovviando ad un endemico ritardo tutto italiano) e *stakeholders*, senza che questa iniziativa sia lasciata al buon senso ed alla discrezionalità della stessa Autorità, con il solo controllo preventivo, non obbligatorio né vincolante, rappresentato dai pareri del Consiglio di Stato<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Al momento di scrivere risulta di assai recente pubblicazione un'ordinanza di rimessione di una questione di legittimità costituzionale da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - probabilmente destinata a far discutere - che autogiustifica la propria legittimazione a tanto in quanto «[ ... ] autorità amministrativa indipendente rientrante nel *genus* delle autorità di garanzia, che svolge funzioni analoghe a quelle giurisdizionali, consistenti nella riconduzione di atti e fatti nell'ambito delle fattispecie astratte previste dalla legge antitrust, con esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico [ ... ]»: A.G.C.M., ord. 3 maggio 2018, nel proc. n. 1803.

<sup>29</sup> Una buona legge sulle *lobbies* - or è dal 1976 che se ne tenta un'approvazione, con oltre 50 tentativi abortiti - e sulla consultazione con le rappresentanze - rigorosamente legittimate e qualificate - dei vari *stakeholders* potrebbe ovviare a quel fenomeno degenerativo

Anche il costante richiamo a passaggi consultivi presso le commissioni parlamentari (introdotto con l'approvazione definitiva del decreto legislativo), è a mio avviso insufficiente, non tanto perché, come è stato rilevato, le commissioni concorrono alla produzione normativa del solo Governo, rendendo i loro pareri ad esso e non ad autorità diverse e prive di rilievo costituzionale<sup>30</sup>, ma perché anche questo passaggio è frutto di una previsione atipica che non vale da sola a risolvere il problema del *deficit* di responsabilità politica scaturente dal *deficit* di legittimazione democratica di un'autorità estranea all'apparato di Governo.

Ecco perché nel testo della Commissione parlamentare per le riforme costituzionali istituita nella XIII legislatura (c.d. "Bicamerale D'Alema") le autorità "di garanzia" assumevano dignità costituzionale<sup>31</sup>: sia per dotarle di un meccanismo di responsabilità politica che ne faceva degli organi di rilevanza costituzionale, sia (probabilmente) per sottrarre le decisioni al controllo giurisdizionale, controllo che viceversa è nella specie scontato e che il codice dei contratti e la legge di delega ribadiscono espressamente.

Potrebbe non essere peregrino immaginare che un tale modello di *governance* rischia di far prevalere gli interessi economici più forti e meglio organizzati in danno di quelli più deboli e meno influenti che, al contrario, resterebbero più garantiti, secondo la logica dello Stato liberale di diritto, da una regolazione politicamente e costituzionalmente responsabile.

Non si tratta, in realtà, di una novità. Che la impunita sostituzione della

---

che in dottrina si è ravvisato «[ ... ] nella dinamica pluralista, a seguito della quale l'espressione democratica di interessi plurali viene sostituita dalla pressione corporativa, che interviene sulla produzione delle fonti in modo imprevedibile e disordinato, aumentando di molto il loro livello di complicazione»: così M. BOMBARDELLI, *La semplificazione delle fonti e i suoi riflessi sul diritto amministrativo*, in *Annuario Aipda 2015. Le fonti del diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 137. Il più recente d.d.l. sul *lobbying* è il C.4765, «Disciplina dell'attività di rappresentanza di interessi particolari nelle relazioni istituzionali e presso i decisori pubblici», presentato alla Camera dei Deputati il 1° dicembre 2017 ed ormai decaduto con l'esaurirsi della XVII Legislatura.

<sup>30</sup> C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC*, cit., p. 18.

<sup>31</sup> Art. 109 del progetto di legge costituzionale intitolato: «Revisione della parte seconda della Costituzione» - A.C. n. 3931-A - A.S. n. 2583-A: «Per l'esercizio di funzioni di garanzia o di vigilanza in materia di diritti e libertà garantiti dalla Costituzione la legge può istituire apposite Autorità. Il Senato della Repubblica elegge a maggioranza dei tre quinti dei suoi componenti i titolari delle Autorità di garanzia e di vigilanza. La legge ne stabilisce la durata del mandato, i requisiti di eleggibilità e le condizioni di indipendenza. Le Autorità riferiscono alle Camere sui risultati dell'attività svolta». La relazione dell'On. Boato, sul punto, suonava così: «[ ... ] il nuovo articolo 109, collocato nella sezione II («Autorità di garanzia e organi ausiliari») del nuovo titolo V della seconda parte della Costituzione, determina in primo luogo *la definizione costituzionale delle autorità indipendenti* nei termini di "autorità di garanzia e di vigilanza"» (corsivo mio).

tecnocrazia alla democrazia sia fonte di impoverimento delle classi deboli, con conseguenze economiche globali nefaste, è stato dimostrato scientificamente da Joseph Stiglitz decenni or sono, puntandosi l'indice contro le tre istituzioni internazionali ancor oggi laudate da studi monografici nostrani (FMI, Banca mondiale e WTO) ed adottate a modello per i regolatori nazionali<sup>32</sup>.

Mi auguro che questo scritto non appaia un *paper* su ANAC, volendo proporsi come una breve e certamente incompleta disamina di problemi di stretto diritto positivo su materie di interesse generale assai rilevante.

In questo auspicio mi sentirei confortato dalle parole del Presidente del Consiglio di Stato che, nella relazione pronunciata in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2017, ha elogiato «*la prassi instaurata dall'ANAC di richiedere, sistematicamente, il parere dell'Istituto in relazione alle molteplici linee guida da emanare in attuazione del nuovo Codice dei contratti pubblici. ... La prassi assume un particolare rilievo poiché il parere non è obbligatorio, ma è richiesto in una logica di collaborazione istituzionale*»<sup>33</sup>.

Non c'è dubbio che questa forma di collaborazione tra istituzioni vada sempre salutata con favore, soprattutto se idonea a dissipare le incertezze evocate nella relazione. Rimane sempre problematico intendersi su alcuni concetti di fondo che potrebbero, per qualche irriducibile romantico tradizionalista, sembrare inappaganti: non mi riferisco soltanto a notazioni di ordine giuridico.

L'elogio della globalizzazione dell'ordine giuridico pare, non da ieri o ieri l'altro - di certo non solo a far data dall'insediamento nelle funzioni dell'attuale Presidente degli Stati Uniti -, incontrare serie difficoltà a radicarsi nell'ordine concettuale dei giuristi e dei filosofi postmoderni<sup>34</sup>. I nazionalissimi, buoni o cat-

---

<sup>32</sup> J.E. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, trad. it. di *Globalization and Its Discontents*, Torino, Einaudi, 2003, spec. pp. 3-51, e comunque *passim*.

<sup>33</sup> A. PAJNO, *Inaugurazione dell'anno giudiziario 2017. Relazione del Presidente Alessandro Pajno*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), p. 17.

<sup>34</sup> Sulle relazioni tra globalizzazione e fenomeni giuridici di diritto pubblico si veda S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009. ID., *C'è un ordine nello spazio giuridico globale?*, in *Pol. dir.*, 2010, pp. 137 ss., spec. p. 146: «... lo spazio globale costituisce una nuova arena per contestare il potere esecutivo statale ed ampliare la gamma dei diritti assicurati ai cittadini nei confronti dei loro Stati di appartenenza ...». Si riconosce che i principi di trasparenza, partecipazione, motivazione e ragionevolezza sono patrimonio del diritto amministrativo globale: G. DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, p. 31; M. CONTICELLI, *Presentazione*, in S. Cassese – M. Conticelli (a cura di), *Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 15; G. DELLA CANANEA, *Dai vecchi ai nuovi principi generali del diritto: il due process of law*, in G. della Cananea (a cura di), *I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, p. 11 ss., spec. pp. 28 ss. D'obbligo è consultare S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Bari, Laterza, 2003, ove a p. 13: «i poteri pubblici internazionali, sopra e ultra statali esercitano un'autorità legittima non tanto perché gli Stati abbiano dato loro un

tivi che possano apparire, paiono da un lato erompere in un rinnovato afflato di chiusura, materiale ed ideale, dei propri confini, e da un lato diametralmente opposto ergersi a baluardo dei diritti in applicazione non dell'ordine globale, ma delle Costituzioni nazionali democratiche. In questo processo l'Italia e l'ordinamento italiano non sono e non sono mai stati secondi ad alcuno, grazie anche alla infaticabile opera costruttiva della giurisprudenza tutta.

Dice bene, quindi, il Presidente del Consiglio di Stato quando osserva che «la fiducia è un potente strumento di riduzione dell'incertezza ed è, per ciò solo, un fondamentale fattore di coesione»<sup>35</sup>; sarei meno d'accordo con la notazione che «poiché non ci si fida gli uni degli altri, si cerca di sostituire la cooperazione con la coazione, imposta appunto attraverso le regole»<sup>36</sup>: se le regole sono condivise, e patrimonio comune, non credo che i depositari della fiducia debbano sentirsi in qualche modo *coacti* da esse ma, semmai, da queste stesse regole garantiti nell'esecuzione della loro missione di cooperazione e di servizio pubblico.

---

consenso, quanto perché essi agiscono secondo il diritto rispettando il due process of law» e ID., *Chi governa il mondo?*, Bologna, Il Mulino, 2013.

<sup>35</sup> A. PAJNO, *Inaugurazione dell'anno giudiziario 2017*, cit., p. 7.

<sup>36</sup> A. PAJNO, Op. cit., p. 8.